

شرح الهداية
الشيخ

عبد الباقى عارف الباقى في حلاله

١٧

بَشَرَحُ الْهَدَايَةِ

المُسَمَّى

غَايَةُ الْبَيَانِ نَادِرَةُ السَّمَاءِ فِي أَخْرَاجِ الْأَوَانِ

تَصْنِيفُ

الإمام القاضي الفقيه الأصولي النظار أبي حنيفة

قيوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الأتقاني الفارابي الحنفي

(ت ٥٧٥٨ هـ)

تَحْقِيقُ

مركز الدراسات والبحوث

بمؤسسة علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية

إشراف

عبد العاطي محيي أحمد الشرقاوي

المجلد السابع عشر

باب ما يحدثه الرجل في الطريق - مسائل شتى

دار الضيافة

للنشر والتوزيع

الكويت

علم لإحياء التراث

والخدمات الرقمية

لندن - مصر



بَابُ

مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ

قَالَ: وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ كَنِيفًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ جُرْصُنًا، أَوْ بَنَى دُكَّانًا، فَلِرَجُلٍ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ أَنْ يَنْزِعَهُ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ صَاحِبُ حَقٍّ

عَلِيَّةُ الْبَيَانِ

بَابُ

مَا يُحْدِثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ

لَمَّا قَرَعْنَا عَنْ بَيَانِ الْقَتْلِ بِسَبِيلِ الْمُبَاشَرَةِ: شَرَعَ فِيمَا يَكُونُ سَبَبًا لِلْقَتْلِ تَسْبِيًا كَالْجُرْصَنِ^(١) وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ أَضَلُّ لِحُصُولِ الْقَتْلِ بِهَا وَاسْطَةً، وَلِأَنَّ ذَلِكَ أَكْثَرُ وَقُوعًا، فَكَانَ الْحَاجَةُ إِلَى ذِكْرِهِ أَقْسَى، فَقَدَّمَ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ كَنِيفًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ جُرْصُنًا، أَوْ بَنَى دُكَّانًا؛ [١٦٧/٨ م] فَلِرَجُلٍ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ أَنْ يَنْزِعَهُ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوَّرْتُهَا فِي أَضَلِّ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٢): «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي الرَّجُلِ يُخْرِجُ فِي الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ كَنِيفًا، أَوْ جُرْصُنًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ يَبْنِي دُكَّانًا، قَالَ: فَلِرَجُلٍ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ أَنْ يَنْزِعَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ. وَقَالَ: لِصَاحِبِ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ الَّتِي ذُكِرَتْ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا إِذَا كَانَتْ لَا تَضُرُّ بِالْمُسْلِمِينَ.

وَإِنْ كَانَتْ تَضُرُّ بِالْمُسْلِمِينَ فَإِنِّي أَكْرَهُ أَنْ يَصْنَعَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْبَالُوْعَةُ تَخْفِرُهَا فِي الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ، قَالَ: يُمْتَنَعُ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ السُّلْطَانُ

(١) يَأْتِي شَرْحُ الْمُصَنَّفِ لَهُ قَرِيبًا.

(٢) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ [ص ٥١٣].

بالمُرورِ يَنْقُصُهُ وَيَدَوِّبُهُ فَكَانَ لَهُ حَقُّ النَّقْصِ ، كَمَا فِي الْمِلْكِ الْمُشْتَرَكِ فَإِنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَقُّ النَّقْصِ لَوْ أَخَذَتْ غَيْرُهُمْ فِيهِ شَيْئًا فَكَذًا فِي الْحَقِّ الْمُشْتَرَكِ .

عجبة البيان

[هو] ^(١) أَمَرُهُمْ بِخَفَرِهَا ، وَأَجْبَرَهُمْ عَلَيْهَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ فِيهَا وَقَعَ فِيهَا ، وَإِنْ كَانُوا خَفَرُوهَا بِغَيْرِ أَمْرِ السُّلْطَانِ ، فَهُمْ ضَامِنُونَ . إِلَى هُنَا لَفْظُ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .
وَذَلِكَ لِأَنَّ طَرِيقَ الْمُسْلِمِينَ حَقٌّ عَامَّتِهِمْ ، فَإِذَا شَغَلَهُ بِمَا لَيْسَ بِحَقٍّ لَهُ كَانَ لِوَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الطَّرِيقِ دَفْعُهُ .

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله : «وَيَدْخُلُ فِي الرَّجُلِ مِنْ عُرْضِ النَّاسِ : الْكَافِرُ ؛ لِأَنَّ الْكُفَّارَ فِي اسْتِحْقَاقِ الطَّرِيقِ مِثْلُ الْمُسْلِمِينَ ، وَيَسَعُ لِلْعَامِلِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا مَا لَمْ يُضَرَّ بِالْمُسْلِمِينَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ الْمُسْلِمِينَ ، وَلَهُ حَقُّ الْإِنْتِفَاعِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ كَالْمُرُورِ ، فَإِذَا أَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ كُرَّةَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ مِنْ حُقُوقِ الْعَامَّةِ ، فَلَا يُنْتَفَعُ بِهِ يَكُونُ حَقًّا لَا مِلْكًا ، فَيَكُونُ مُبَاحًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَعَدَمِ التَّعْدِي .
وَكَذَا الْبَالُوْعَةُ يَخْفَرُهَا فِي الطَّرِيقِ لِمَا قُلْنَا ، فَإِنْ كَانَ [١٤٢٣/٢] السُّلْطَانُ أَمَرَهُ بِخَفَرِهَا ، وَأَجْبَرَهُ عَلَى ذَلِكَ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِيهَا عَطَبَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ السُّلْطَانِ وَلَايَةٌ عَلَى عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ ، فَكَانَ أَمْرُهُ كَأَمْرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَمَنْ خَفَرَ بِشَرًّا فِي دَارِ إِنْسَانٍ بِإِذْنِ صَاحِبِهَا ، لَا يَضْمَنُ إِذَا وَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ ، كَذَا هُنَا .

وَكَذَا الْجَوَابُ فِيمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْمَسَائِلِ : إِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ ضَمِينَ ، وَإِنَّمَا يَجِلُّ لِلْسُّلْطَانِ أَمْرُهُ بِذَلِكَ إِذَا كَانَ لَا يَضُرُّ بِالْعَامَّةِ ، بَأَنَّهُ كَانَ فِي الطَّرِيقِ سَعَةً ، فَأَمَّا إِذَا ضَاقَ الطَّرِيقُ ؛ فَلَا يَجِلُّ لَهُ الْأَمْرُ بِذَلِكَ . كَذَا ذَكَرَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ فِي «شَرْحِهِ» .

وَالْكَيْفُ : الْمُشْتَرَا حُ .

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْرِفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «أَنْ» ، وَ«غ» ، وَ«فَا» ، وَ«لَمْ» ، وَ«لَا» .

قَالَ: (وَيَسَعُ لِلَّذِي عَمِلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالْمُسْلِمِينَ) لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْمُرُورِ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ فَيُلْحَقُ مَا فِي مَعْنَاهُ بِهِ، إِذَا الْمَانِعُ مَتَعَنَّتْ، فَإِذَا أَضَرَّ بِالْمُسْلِمِينَ كَرِهَ لَهُ ذَلِكَ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ».

غاية السير

وَالْجُرْضُنُ: جَذَعٌ يُخْرِجُهُ الْإِنْسَانُ مِنَ الْحَائِطِ إِلَى الطَّرِيقِ لِيَسِيرَ عَلَيْهِ، وَقَسَرَهُ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ ﷺ بِالْبُرْجِ الَّذِي يَكُونُ فِي الْحَائِطِ.

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ ﷺ: «اِخْتَلَفَ فِيهِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ الْبُرْجُ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ مَجْرَى مَاءٍ مُرَكَّبٌ فِي الْحَائِطِ نَائِيًا، فَكَيْفَمَا كَانَ فَيَوْمًا يَشْغُلُ حَقَّ الْمُسْلِمِينَ، وَهُوَ فَارِسِيٌّ مُعَرَّبٌ، إِذْ لَيْسَ فِي الْعَرَبِيَّةِ كَلَامٌ [٢/١٦٧/٨] عَلَى هَذَا التَّرَكِيبِ. أَغْنَى: الْجِيمُ وَالرَّاءُ وَالصَّادُ، بَلْ مُهْمَلٌ فِي كَلَامِهِمْ».

وَفِي «الْجَمْهَرَةِ»: «ضَرَبْتُ عُرْضَ الْحَائِطِ، وَعُرْضَ الْجَبَلِ، وَكَذَلِكَ عُرْضُ النَّهْرِ، أَيْ: نَاجِيَتُهُ»^(١).

وَأُرِيدُ بِهِ هُنَا: أَضَعْتُ النَّاسَ وَأَزْدَلُّهُمْ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: «أَوْ أَجَبَرْتُهُمْ»، وَالْفَقِيهُ أَبُو جَعْفَرٍ ذَكَرَ فِي «الْكَشْفِ» كَذَلِكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ وَالْجَبْرُ وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الْعَامَّةَ لَا يَجُوزُ لَهُمُ الْخُرُوجُ عَنْ أَمْرِ الْإِمَامِ، فَصَارَ أَمْرُهُ جَبْرًا.

قَوْلُهُ: (فَيُلْحَقُ مَا فِي مَعْنَاهُ بِهِ)، أَيْ: يُلْحَقُ مَا فِي مَعْنَى الْمُرُورِ فِي عَدَمِ الْمَضَرَّةِ بِالْمُرُورِ. يَغْنِي: يَجُوزُ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ بِالْجُرْضُنِ وَنَحْوِهِ، مَا لَمْ يَضُرَّ بِغَيْرِهِ كَالْمُرُورِ.

قَوْلُهُ: (إِذَا الْمَانِعُ مَتَعَنَّتْ)، أَيْ: الْمَانِعُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ لِأَحَدٍ مَتَعَنَّتْ، وَالْمَتَعَنَّتْ هُوَ الَّذِي يُخَاصِمُ فِيمَا لَا ضَرَرَ فِيهِ لِنَفْسِهِ أَوْ لِغَيْرِهِ.

قَوْلُهُ: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ).

قال: وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً، ولا ميزاباً إلا بإذنهم، لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال، فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم.

حاشية البيان

والضرر بمعنى الضر، وهو ضد النفع، وهو يكون من واحد، والضرار بمعنى المضارة، وهو يكون من اثنين، أي: لا ضرر في الإسلام ابتداءً، ولا جزاءً، والضرر في الجزاء أن يتعدى المجازي من ضرة قدر حقه في الفصاح وغيره.

قوله: (قال: وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفاً، ولا ميزاباً إلا بإذنهم)، أي: قال في «الجامع الصغير»^(١).

والدرب: الباب الواسع، والمراد هنا: السكة الواسعة.

قال فخر الإسلام رحمه الله: «والمراد بغير النافذة: المملوكة، وليس ذلك بعلّة الملك، وقد تنفذ، وهي مملوكة، وقد يستند منقذها، وهي للعامة، لكن ذلك دليل على الملك غالباً، فأقيم مقامه، ووجب العمل به حتى يقوم الدليل على خلافه». هكذا قال في «شرحه».

وذلك لأن السكة لما كانت مملوكة لأهلها، كانت مشتركة بينهم، فصارت بمنزلة دار مشتركة بين قوم، فليس لواحد منهم أن يحدث فيها شيئاً يغير رضا شركائه، سواء أضر بهم، أو لم يضر، فكذاك هاهنا ليس له أن يفعل ذلك، سواء أضر بهم أو لم يضر، إلا أن يأذنوا له، وهم كلهم بالغون. كذا [٤٧٣/٢] قال الفقيه أبو الليث رحمه الله في «شرح الجامع الصغير».

وهذا بخلاف الطريق الأعظم، فإن ثمة يباح له التصرف إلا إذا أضر، وهاهنا لا يباح إلا إذا وجد الإذن، لأن الطريق الأعظم ليس بمملوك، بل هو حق الكل،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥١٤].

وَفِي الطَّرِيقِ النَّافِذِ لَهُ التَّصَرُّفُ إِلَّا إِذَا أَضَرَّ لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ الْوُصُولُ إِلَى إِذْنِ الْكُلِّ، فَجُعِلَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَأَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ وَحْدَهُ حُكْمًا كَيْ لَا يَتَعَطَّلَ عَلَيْهِ طَرِيقُ الْإِنْتِفَاعِ، وَلَا كَذَلِكَ غَيْرُ النَّافِذِ لِأَنَّ الْوُصُولَ إِلَى إِرْضَائِهِمْ [٢٥٨/ط] مُمَكِّنٌ بَقِيَّ عَلَى الشَّرِكَةِ حَقِيقَةً وَحُكْمًا.

قَالَ: وَإِذَا أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنَا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ نَحْوَهُ، فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطَبَ؛ قَالِدِيَّةٌ عَلَى عَاقِلِيَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِقَلْفِهِ مُتَعَدِّ بِشَغْلِهِ هَوَاءَ الطَّرِيقِ،

غاية البيان

وَجُعِلَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ كَأَنَّهُ حَقُّهُ؛ لِيَتِمَّ مَنَ الْمُرُورِ فِيهِ.

أَمَّا هَاهُنَا: لَا حَاجَةَ إِلَى أَنْ تُجْعَلَ السَّكَّةُ كَأَنَّهَا مِلْكُ كُلِّ وَاحِدٍ فِي حَقِّ الْمُرُورِ وَالْإِنْتِفَاعِ بِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَتِمَّ مَنُ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ بِإِذْنِ الشَّرَكَاءِ، وَإِذَا لَمْ يُعْتَبَرْ كَذَلِكَ؛ يَكُونُ مُتَصَرِّفًا فِي مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِذْنِ.

يُقَالُ: أَشْرَعَ بَابًا إِلَى الطَّرِيقِ [٢٦٨/٨]، أَي: فَتَحَهُ، وَأَشْرَعَ رُمَحَهُ. أَي: رَفَعَهُ.

قَالَ فِي «الْعَيُونِ»: «وَلَوْ أَنَّ سَكَّةً فِيهَا دُورٌ، قَرَمَى أَصْحَابُ الدُّورِ ثَلَجَهُمْ فِي هَذِهِ السَّكَّةِ، فَزَلَقَ بِهِ إِنْسَانٌ أَوْ دَابَّةٌ، قَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: إِنْ كَانَتِ السَّكَّةُ لَا مَنَقَدَ لَهَا؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ كَانَ لَهَا مَنَقَدٌ، وَأَنَّهُ طَرِيقٌ نَافِذٌ؛ يَضْمَنُ الَّذِي رَمَى الثَّلَجَ فِيهَا»^(١).

قَالَ الْفَقِيهُ رحمه الله: «وَهَذَا جَوَابُ الْقِيَاسِ، وَنَحْنُ نَسْتَحْسِنُ وَنَقُولُ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الضَّمَانُ، سِوَاءَ كَانَتِ السَّكَّةُ نَافِذَةً، أَوْ غَيْرَ نَافِذَةٍ؛ لِأَنَّ فِيهِ بُلُوَى عَامًّا»^(٢).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا أَشْرَعَ فِي الطَّرِيقِ رَوْشَنَا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ نَحْوَهُ، فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطَبَ؛ قَالِدِيَّةٌ عَلَى عَاقِلِيَّتِهِ)^(٣)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله

(١) ينظر: «عيون المسائل» لأبي الليث [ص/٢٨٢].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص ٢٥٢]، «المبسوط» [٧، ٦/٢٧]، «فتاوى قاضي خان» =

وَهَذَا مِنْ أَسْبَابِ الضَّمَانِ وَهُوَ الْأَضْلُ،

عَايَةُ الْبَيَانِ

في «مختصره»^(١).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله في «مختصره»: «إِذَا وَضَعَ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ حَجَرًا، أَوْ بَنَى فِيهِ بِنَاءً، أَوْ أَخْرَجَ جِدْعًا، أَوْ صَخْرَةً شَاخِصَةً فِي الطَّرِيقِ، أَوْ أَخْرَجَ كَنْبَفًا، أَوْ جَنَاحًا، أَوْ مِيزَابًا، أَوْ ظُلَّةً، أَوْ وَضَعَ فِي الطَّرِيقِ جِدْعًا؛ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مُتَعَدُّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِشَغْلِ هَوَاءِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، وَهُوَ شَرْطُ التَّالِفِ؛ لِأَنَّهُ لَوْلَا وَضْعُهُ هَذَا؛ لَمَّا عَثَرَ بِهِ إِنْسَانٌ، وَلَوْلَا إِخْرَاجُهُ الظُّلَّةَ، أَوْ الْكَنْبَفَ، أَوْ الْمِيزَابَ؛ لَمَّا سَقَطَ، وَقَدْ عُرِفَ أَنَّ شَرْطَ الْعِلَّةِ يُلْحَقُ بِالْعِلَّةِ فِي مَوْضِعِ التَّعَدِّي صِيَانَةً لَأَمْوَالِ النَّاسِ.

وَلَا يُقَالُ: فِي إِخْرَاجِ الْمِيزَابِ إِلَى الطَّرِيقِ ضُرُورَةٌ، لِلْحَاجَةِ إِلَى تَسْيِيلِ مَاءِ الْمَطَرِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الضَّرُورَةَ تَنْدَفِعُ مِنْ غَيْرِ شَغْلِ هَوَاءِ الْمُسْلِمِينَ، بَأَن يُرَكَّبَهَا فِي الْحَائِطِ، ثُمَّ التَّالِفُ إِذَا كَانَ آدِمِيًّا: فَالْدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ آدِمِيٍّ: فَالضَّمَانُ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَحْتَمِلُ غَيْرَ الْآدِمِيِّ كَالدَّيُونِ»^(٢).

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله في «مختصره»: «فَمَا كَانَ مِنْ جِنَايَةٍ بِذَلِكَ فِي بَنَى آدَمَ؛ فَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ إِذَا بَلَغَ الْقَدْرَ الَّذِي عَرَفْتَك: أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَحْمِلُهُ، وَمَا لَمْ يَتَلَفَ ذَلِكَ فَهُوَ فِي مَالِهِ، وَمَا كَانَ مِنْ جِنَايَةٍ عَلَى غَيْرِ بَنَى آدَمَ فَهُوَ فِي مَالِهِ دُونَ عَاقِلَتِهِ»^(٣).

وَالرَّوْشَنُ: الْمَمَرُّ عَلَى الْعُلُوِّ مِثْلُ الرَّفِّ. كَذَا قَالَ الْمُطَرِّزِيُّ^(٤).

= [٤٥٨، ٤٥٧/٣]، «تبيين الحقائق» [١٤٣/٦]، «النهاية» [٢٨٦/١٢، ٢٨٧].

(١) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/١٨٩].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٢].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقُدوري [ق/٣٢١/دأما].

(٤) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١/٣٣١].

وكذلك إذا سقط شيء مما ذكر في أول الباب وكذا إذا تعثر بنفضه إنسان، أو عطبت به دابة، وإن عثر بذلك رجل فوق وقع على آخر فماتا؛ فالضمان على من أخدته فيهما؛ لأنه يصير كالدافع إياه عليه.

«عطبت به دابة»

وقيل: الرأس هو الخشبة الموضوعة على جداري السطحنين؛ ليتمكن المرور. قوله: (وكذلك إذا سقط شيء مما ذكر في أول الباب)، أي: تحب الدية على العاقلة أيضا إذا وقع الكيف، أو الميراب، أو الحرصن، أو الدكان المنيء على الطريق على إنسان فمات.

قوله: (وكذا إذا تعثر بنفضه إنسان، أو [١٢٢/٣] عطبت^(١) به دابة).

يعني: إذا عثر به إنسان فعطبت، تحب الدية على العاقلة، وإذا عطبت به الدابة؛ يجب ضمانها في ماله.

والنقص - بضم النون وسكون القاف -: اسم البناء المنقوض. كذا في «ديوان الأدب»^(٢)، وزوي عن بعضهم بكسر النون.

قوله: (وإن عثر بذلك رجل [١٢٨ هـ] فوق وقع على آخر فماتا؛ فالضمان على من أخدته فيهما)، أي: في الرجلين، ذكره تقيما على مسألة «المختصر»، يعني: يجب ضمان الرجلين على المحدث في الطريق.

قال في «شرح الكافي»: «أما في حق الذي عثر: فلا يشكّل، وكذلك في حق الذي سقط عليه؛ لأنه يصير كالدافع إياه عليه - يعني يصير المحدث في الطريق كالدافع للعائر على الذي سقط العائر عليه - وإذا نحي رجل شيئا من ذلك عن

(١) وقع في الأصل: «عطت» والمثبت من: «ن»، و«ع»، و«م»، و«ار».

(٢) لم يحده في مكانه من «ديوان الأدب» للعارفي، وهو بحروقه في «المعرب في ترتيب المعرب» للطبري [٣٢٢/٢]، فلعله اشتبه على المؤلف.

وَإِنْ سَقَطَ الْمِيزَابُ يُنْظَرُ فَإِنْ أَصَابَ مَا كَانَ مِنْهُ فِي الْحَائِطِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ فِيهِ لِمَا أَنَّهُ وَضَعَهُ فِي مَلِكِهِ (وَإِنْ أَصَابَهُ مَا كَانَ خَارِجًا مِنَ الْحَائِطِ فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي وَضَعَهُ فِيهِ) لِكَوْنِهِ مُتَعَدِّيًا فِيهِ، وَلَا

غاية البيان

موضعه فَعَطِبَ بِهِ آخَرُ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الَّذِي نَحَاهُ، وَقَدْ خَرَجَ الْأَوَّلُ مِنَ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ هَذَا شَعْلٌ جَدِيدٌ حَصَلَ بِفِعْلِ الَّذِي نَحَاهُ، وَهَذَا مُتَعَدٍّ فِي ذَلِكَ، وَهَذَا يَقْطَعُ أَمْرَ فِعْلِ الْأَوَّلِ، فَيَكُونُ الضَّمَانُ عَلَى الثَّانِي.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «إِنْ قَالُوا: هَذَا مُخْتَسِبٌ فِيمَا يَفْعَلُ، حَيْثُ أَتَاهُ الْأَذَى عَنِ الطَّرِيقِ.

قُلْنَا: بَلَى، وَلَكِنَّهُ أَخْطَأَ الْحِجْبَةَ، حَيْثُ شَعْلٌ مَوْضِعًا آخَرَ مِنَ الطَّرِيقِ، وَالْحِجْبَةُ التَّامَّةُ أَنْ يَطْرَحَهُ بِمَوْضِعٍ لَا يَكُونُ مَمَرًا، أَوْ يَطْرَحَهُ فِي حُقَيْرَةٍ فِي الطَّرِيقِ عَلَى وَجْهِ تَحْتَلِيهِ الْحُقَيْرَةُ، فَيَصِيرُ مُخْتَسِبًا مِنْ وَخْفَتَيْنِ».

قَوْلُهُ: (وَإِنْ سَقَطَ الْمِيزَابُ يُنْظَرُ... إِلَى آخِرِهِ)، الْمَسَائِلُ الْمَذْكُورَةُ مِنْهَا إِلَى قَوْلِهِ: (وَمَنْ حَقَرَ بَنًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ)، ذُكِرَتْ تَقْرِيبًا، وَهِيَ مِنْ مَسَائِلِ «الْأَصْلِ»^(١).

قَالَ فِي «شرح الطحاوي»: «إِذَا أَخْرَجَ الرَّجُلُ مِنْ دَارِهِ مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ، فَسَقَطَ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ؛ فَإِنْ أَصَابَهُ الطَّرْفُ الدَّاخِلُ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا؛ لِأَنَّ مَا كَانَ فِي مَلِكِهِ لَيْسَ بِجَنَائِيَّةٍ، وَإِنْ أَصَابَهُ الطَّرْفُ الْخَارِجُ ضَمِنَ، وَإِنْ أَصَابَ الطَّرْفَانِ جَمِيعًا يَضْمَنْ النِّصْفَ، وَإِنْ كَانَ لَا يُدْرَى فَالْقِيَاسُ: أَلَّا يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ دَائِرٌ بَيْنَ الْوَجُوبِ وَالسَّقُوطِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَصَابَ الطَّرْفُ الدَّاخِلُ لَا يَضْمَنْ، وَإِنْ أَصَابَ الطَّرْفُ الْخَارِجُ يَضْمَنْ، فَوَقَعَ الشُّكُّ، فَلَا يَضْمَنْ بِالشُّكِّ، وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: يَضْمَنْ النِّصْفَ؛ لِأَنَّ

(١) ينظر «الأصل» المعروف بالمبسوط [٢٥/٧] طبعة وزارة الأوقاف القطرية.

صُرُوزَةٌ لِأَنَّهُ يُذَكِّرُهُ أَنْ يُرَكِّبَهُ فِي الْخَائِطِ وَلَا كَفَّارَةٌ عَلَيْهِ، وَلَا يُحْرَمُ مِنَ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً.

وَلَوْ أَصَابَ الطَّرْقَانِ جَمِيعًا وَعَلِمَ ذَلِكَ وَجَبَ نِصْفُ الدَّيَّةِ وَهَدَرَ النِّصْفُ مِمَّا إِذَا جَرَحَهُ سَبْعٌ وَإِنْسَانٌ، وَلَوْ لَمْ يُعْلَمْ أَيُّ طَرَفٍ أَصَابَهُ يَضْمَنُ النِّصْفَ اغْتِبَارًا لِلْأَخْوَالِ.

إِحْرَاحُ الْمِيرَاثِ جَنَائِيَّةٌ، وَمَا كَانَ فِي الْحَائِطِ لَيْسَ بِجَنَائِيَّةٍ، فَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ أَصَابَ الطَّرْقَانِ جَمِيعًا.

قَوْلُهُ: (وَلَا كَفَّارَةٌ عَلَيْهِ، وَلَا يُحْرَمُ مِنَ الْمِيرَاثِ)، أَيُّ: لَا كَفَّارَةٌ عَلَى مُخْذِثِ الْمِيرَاثِ وَنَحْوِهِ فِي الطَّرِيقِ إِذَا مَاتَ بِهِ إِنْسَانٌ، وَلَا يُحْرَمُ أَيْضًا عَنِ الْمِيرَاثِ إِذَا مَاتَ بِهِ قَرِيبُهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَ الْفِعْلَ فِي الْمَقْتُولِ؛ بَلْ هُوَ قَاتِلٌ تَنْبِيْيًا، وَالْكَفَّارَةُ وَجْرَمَانِ الْمِيرَاثِ يَنْبَغِي مَالِقَتُهُ حَقِيقَةً، وَلَمْ يَوْجَدْ، فَلَا يَنْبَغِيَانِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَصَابَ الطَّرْقَانِ جَمِيعًا)، أَيُّ: أَصَابَ طَرَفًا الْمِيرَاثِ الدَّاخِلِ فِي الْحَائِطِ وَالْمَخَارِجِ عَنْهُ.

قَوْلُهُ: (اغْتِبَارًا لِلْأَخْوَالِ)، يَعْنِي: يَضْمَنُ فِي [١٠٩/١٠٨] حَالٍ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَخَارِجِ عَنِ الْحَائِطِ، وَلَا يَضْمَنُ فِي حَالٍ بِالنَّظَرِ إِلَى [١٠٩/١٠٧] الدَّاخِلِ، فَيَضْمَنُ نِصْفَ الصَّامِ.

قَوْلُهُ: (كَمَا إِذَا جَرَحَهُ سَبْعٌ وَإِنْسَانٌ).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَزْجِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا جَرَحَ رَجُلٌ رَجُلًا جِرَاحَةً، أَوْ جِرَاحَتَيْنِ، وَجَرَحَهُ سَبْعٌ، فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ؛ فَإِنَّ عَلَى الرَّجُلِ نِصْفَ

ولو أشرع حاساً إلى الطريق، ثم باع الدار، فأصاب الحاسخ رجلاً

في بابه الباطن

الذية، وبصفتها هدرٌ، وكذلك لو حرقه الشئ حراحتين، والزخل حراحة واحدة،
ودلت لأن حراحة الشئ هدرٌ، وحراحة الأديمي مصمومة، فانقسم الضمان عليهما،
فوجب على الحارح نصف، وسقط ما أصاب حراحة الشئ؛ لأنه هدرٌ^(١)

ومن هذا الحس ما قد في ديات «الأحساس» ما قلنا عن «نوادير هشام»
قال: «قلتُ لمحمد بن رخلٍ في يده ثوبٌ له، فشتت بثوب رخلٍ، فحدث صاحبُ
الثوب ثوبه من المشتت، فتحرق الثوب؟ قال محمد بن رخلٍ: بضمن المشتت بضمن
الثوب، ولو حدث الذي ليس له الثوب فتحرق، فهو ضامنٌ جميع الحرق^(٢)»

وفي «نوادير ابن رستم»: «رخلٌ جلس على رخلٍ، فهوى الرخل وهو
لا يعلم، فتحرق إزاره، فإن الحارس ضامنٌ»

وقال محمد بن رخلٍ في «نوادير هشام» ج: «بضم ضمت ما حرق؛ لأنه لم يكن
له أن يخلس على ثوبه، فصار كمن جلس في ملك غيره، فسقط إسنٌ عليه ومات
الأعلى؛ ضمن الأسفل».

وفي «نوادير ابن رستم»: «قال أبو حنيفة ج: صبي في يد أبيه، فحدثه
إسنٌ من يد أبيه، والأب يُضيقه حتى مات؛ فدية الصبي على الذي حدثه، ويرثه
أبوه، ولو جذباه حتى مات؛ فالذية عليهما، ولا يرثه أبوه؛ لأنه مات من فعل
الأب^(٣)». إلى هنا لفظ «الأجناس».

قوله: (ولو أشرع حاساً إلى الطريق، ثم باع الدار، فأصاب الحاسخ رجلاً

(١) وقع في الأصل «مضمومة» وكتب من «د» و«أ» و«ع» و«أ» و«أ» و«أ»

(٢) ينظر «شرح محضر الكرخي» للمصوري [ق ٣٤٦ دامت]

(٣) وقع في الأصل «الثوب» وكتب من «د» و«أ» و«ع» و«أ» و«أ» و«أ»

(٤) ينظر: «الأحساس» للناظمي [٤٣٠/٤٢٩/٢].

فقتله، أو وضع خشبة في الطريق، ثم باع الخشبة وبرىء إليه منها، فتركها المشتري حتى غطب بها إنساناً؛ فالضمان على البائع؛ لأن فعله وهو الوضع لم ينقِش برؤاى ملكه وهو الموجب.

ولو وضع في الطريق جمرًا، فأحرق شيئًا يضمنه؛ لأنه متعده فيه (ولو

نسخه البيان)

فقتله، أو وضع خشبة في الطريق، ثم باع الخشبة وبرىء [إليه] ^(١) منها، فتركها المشتري حتى غطب بها إنساناً؛ فالضمان على البائع).

قال الحاكم الشهيد رحمهما في «الكافي»: «وإذا أسرع الرجل جناحًا إلى الطريق، ثم باع الدار، وأصاب الجناح رجلًا فقتله؛ فالضمان على البائع، وكذلك الميراب، وبمثله لو كان له حائط مائل إلى الطريق، فأشهد عليه، ثم باعه، فسقط عن إنسان فمات؛ فإنه لا يجب شيء على البائع، وإنما كان كذلك؛ لأن في إشراع الجناح لا تنعدم الجسيمة بالبيع وهو الإشراع، فإن أثره قائم حقيقة، وهو شغل هواه المسلمين.

وفي الحائط جنايته في ترك الإصلاح، لا في شغل الهواء؛ لأنه لا صنع له في ذلك، وترك الإصلاح إنما يكون جناية في حال يُقدَّر على [٥١٦٩/٨ م] الإصلاح لا في حال لا يُقدَّر، ومتى زال عن ملكه زال ما به يوصف فعله بالجناية، فلا يتقن حكم الجناية» ^(٢). والتفصيل في مسألة الميراب مرّ قبل هذا. والله أعلم.

قوله: (ولو وضع في الطريق جمرًا، فأحرق شيئًا يضمنه، وذلك لأنه محصل شرط الإحراق، وهو متعده فيه).

قال الحاكم [الشهيد] ^(٣): «وإن حركته الريح، فذهب إلى موضع آخر، ثم

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من «ن»، «ع»، «و» «م»، «م»، «و» «م».

(٢) يظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٢٣/ق].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «ع»، «و» «م».

حُرُكَةُ الرِّيحِ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ ثُمَّ اخْرَقَ شَيْئًا لَا يَضْمَنُ (لِسُحِّ الرِّيحِ فَعَلَهُ، وَقِيلَ
بِذَا كَانَ الْيَوْمَ رِيحًا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ مَعَ عِلْمِهِ بِعَاقِبَتِهِ وَقَدْ أَفْصَحَ إِلَيْهَا مَجْعَلُ
كَمَامِينِهِ.

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الْفَعْلَةَ لِإِخْرَاجِ الْجَنَاحِ، أَوْ الظِّلَّةَ، فَوَقَعَ قَتْلُ إِنْسَانٍ
قَبْلَ أَنْ يَفْرَغُوا مِنَ الْعَمَلِ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّ التَّلَفَّ بِفِعْلِهِمْ (وَمَا لَمْ يَفْرَغُوا
لَمْ يَكُنِ الْعَمَلُ مُسَلَّمًا إِلَى رَبِّ الدَّارِ) وَهَذَا لِأَنَّهُ انْقَلَبَ فِعْلُهُمْ قَتْلًا حَتَّى

أَخْرَقَ شَيْئًا، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ^(١).

وَكَذَلِكَ كُلُّ شَيْءٍ وَضَعَهُ فِي الطَّرِيقِ فَتَغَيَّرَ مِنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ؛ فَقَدْ بَرِئَ مِنَ
الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَتَبَنَّى أَثَرُ الْفِعْلِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ كَوْنُهُ مَوْضُوعًا فِي [٥١٦: ٢] ذَلِكَ
الْمَكَانِ، لَا عِتْرَاضَ فِعْلٍ آخَرَ عَلَيْهِ، فَانْقَطَعَتِ النَّسَبَةُ. كَذَا فِي «مَشْرِحِ الْكَافِي».

وَقِيلَ: إِذَا كَانَ الْيَوْمَ رِيحًا يَضْمَنُ. يَعْني: إِذَا كَانَتِ الرِّيحُ مَتَحَرِّكَةً حِينَ وَضَعَ
الْجَمْرَ عَلَى الطَّرِيقِ، ثُمَّ حَرَّكَتِ الرِّيحُ الْجَمْرَ عَنْ مَكَانِهِ، فَأَخْرَقَ شَيْئًا يَضْمَنُ، وَهُوَ
أَخْبَارُ الْإِمَامِ الشَّرْعِيِّ (ع)^(٢).

وَكَانَ شَمْسُ الْأَنْعَةِ الْخُلُوتَانِي لَا يَقُولُ بِالضَّمَانِ إِذَا حُرَّكَتِ الرِّيحُ عَنْ مَكَانِهِ
مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَيَأْتِي الْبَيَانُ الْمُتَعَلِّقُ بِهَذَا الْمَكَانِ مَرَّةً فِي آخِرِ كِتَابِ الْإِجَارَاتِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ اسْتَأْجَرَ رَبُّ الدَّارِ الْفَعْلَةَ لِإِخْرَاجِ الْجَنَاحِ، أَوْ الظِّلَّةَ، فَوَقَعَ قَتْلُ
إِنْسَانٍ قَبْلَ أَنْ يَفْرَغُوا مِنَ الْعَمَلِ؛ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمْ)، أَي: الضَّمَانُ عَلَى الْفَعْلَةِ، لَا
عَلَى رَبِّ الدَّارِ، وَهُوَ الْمُسْتَاجِرُ. يَعْني: لَوْ سَقَطَ مِنْ عَمَلِهِمْ وَهُمْ يَعْمَلُونَهُ؛ كَانَ
الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُمْ صَارَ قَتْلًا حَقِيقَةً لِيُظْهِرَ أَثَرُ فِعْلِهِمْ، وَهُوَ التَّلَفُّ بِالسَّقُوطِ

(١) بِظَرِّ: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/٥٢٢].

(٢) بِظَرِّ: «الْمُسَوِّط» لِلشَّرْعِيِّ [٨/٢٧].

وَجَسَتْ عَلَيْهِمُ الْكُفَّارَةُ، وَالْقَتْلُ غَيْرُ دَاخِلٍ (١/٢٥٩) فِي عَقْدِهِ فَلَمْ يَنْتَقِلْ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ
فَانْتَصَرَ عَلَيْهِمْ وَإِنْ سَقَطَ بَعْدَ قَرَاغِهِمْ فَالضَّمَانُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ
صَحَّ الْإِسْتِجَارُ حَتَّى اسْتَحَقُّوا الْأَجْرَ وَوَقَعَ فِعْلُهُمْ عِمَارَةً وَإِصْلَاحًا فَانْتَقَلَ
فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ فَكَأَنَّهُ فَعَلَ بِنَفْسِهِ فَلِهَذَا يَضُمُّهُ وَكَذَا إِذَا صَبَّ الْمَاءُ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ
بِهِ إِنْسَانٌ، أَوْ دَابَّةٌ، وَكَذَا إِذَا رَشَّ الْمَاءُ أَوْ تَوَضَّأَ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ فِيهِ بِالْحَاقِ الضَّرَرِ

﴿ عَمِدَةُ الْبَيْتِ ﴾

عليه، ولهذا وَجَبَ عَلَيْهِمُ الْكُفَّارَةُ، وَإِنَّمَا اسْتَأْجَرَهُمْ عَلَى فِعْلِ الْعِمَارَةِ لَا عَلَى
الْقَتْلِ، فَلَا يُنْقَلُ فِعْلُهُمْ إِلَى رَبِّ الدَّارِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ قَتَلَ، بَلْ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِمْ.

وَإِنْ سَقَطَ بَعْدَ قَرَاغِهِمْ مِنَ الْعَمَلِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْفَعْلَةِ، وَإِنَّمَا الضَّمَانُ عَلَى
رَبِّ الدَّارِ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ اسْتِجَارَهُمْ صَحِيحٌ عَلَى هَذَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِصْلَاحٌ مِلْكِي،
فَعَمِلَ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَخْرَجَهُ بِنَفْسِهِ، فَيَكُونُ الضَّمَانُ عَلَيْهِ اسْتِحْسَانًا
لِلْأَثَرِ الَّذِي جَاءَ فِي مِثْلِهِ عَنْ شَرِيحٍ رحمته أَنَّهُ قَضَى بِالضَّمَانِ عَلَى رَبِّ الدَّارِ ^(١).

وهذا لِأَنَّهُ لَهُ أَنْ يُحْدِثَ فِي فَنَائِهِ مَا لَا يَنْتَصِرُ بِهِ غَيْرُهُ مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ،
لِكُونِ الْبَيْتِ غَيْرَ مَمْلُوكٍ لَهُ، وَلِهَذَا اغْتَبِرَ أَمْرُهُ، فَلَمَّا هَلَكَ إِنْسَانٌ بِذَلِكَ صَارَ رَبُّ
الدَّارِ كَالْقَاتِلِ بِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ فِعْلُهُمْ صَارَ مُسْلَمًا إِلَيْهِ.

الْفَعْلَةُ: جَمْعُ الْفَاعِلِ، كَالْمَتَعَةِ فِي جَمْعِ الْمَانِعِ.

قَوْلُهُ: (وَكَذَا إِذَا صَبَّ الْمَاءُ فِي الطَّرِيقِ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ، أَوْ دَابَّةٌ، وَكَذَا إِذَا
رَشَّ الْمَاءُ أَوْ تَوَضَّأَ)، يَعْْنِي: يَضْمَنُ الْفَاعِلُ لَذَلِكَ لَوْجُودِ التَّعَدِّي مِنْهُ، وَلَا ضَمَانَ
فِي سَكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ عَلَى الرَّاشِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِهَا.

قَالَ فِي «الْفَتَاوَى» (٢/١٧٠/٨) الصَّغَرِيُّ: «إِذَا أَحْدَثَ فِي سَكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ شَيْئًا،

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٢٦/٧] طبعة وزارة الأوقاف القطرية.

بِالْمَارَةِ (بِحِلَافٍ مَا إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فِي سَكَّةٍ غَيْرِ نَابِذَةٍ وَهُوَ مِنْ أَهْلِهَا أَوْ قَعْدٍ أَوْ وَصَعٍ مَتَاعَةٍ) لِأَنَّ لِكُلِّ وَاجِدٍ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ فِيهَا لِكَوْنِهِ مِنْ ضَرُورَاتِ الشَّكَنِ كَمَا فِي الدَّارِ الْمُشْتَرَكَةِ. قَالُوا: هَذَا إِذَا رَشَّ مَاءً كَثِيرًا يَحِثُّ يَرْتَلِقُ بِهِ عَادَةً، أَوْ إِذَا رَشَّ مَاءً قَلِيلًا كَمَا هُوَ الْمُعْتَادُ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَرْتَلِقُ بِهِ.

﴿عبد السيد﴾

يُنْظَرُ: إِنْ كَانَ حَدَثًا لَيْسَ بِسَكَنِ فَتَلَفَ بِهِ إِنْسَانٌ لَا يَضْمَنُ جِصَّةَ بَعْسِهِ، وَيَضْمَنُ جِصَّةَ الشُّرَكَاءِ، وَإِنْ كَانَ حَدَثًا مِنْ جُمْلَةِ الشَّكَنِ كَوَضْعِ الْمَتَاعِ، وَرَبْطِ الدَّائَةِ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ مَنْ أَحْدَثَ فِي مِلْكٍ مُشْتَرَكٍ شَيْئًا مِنْ جُمْلَةِ الشَّكَنِ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ ذَلِكَ. كَذَا ذَكَرَهُ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَافِرُ زَادَهُ رحمته (١).

وَنَقَلَ أَيْضًا عَنْ دِيَالٍ (٢) شَيْخُ الْإِسْلَامِ: «دَارٌ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، سَكَنَ أَحَدُهُمَا، أَوْ وَضَعَ مَتَاعًا، أَوْ رَبَطَ دَائِمَةً، أَوْ فَعَلَ مَا يُعَدُّ مِنَ الشَّكَنِ؛ يَجُوزُ».

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِجَابِيُّ فِي «شَرْحِ الْكَافِي»: «وَلَوْ رَشَّ الطَّرِيقَ، فَعَطِبَ إِنْسَانٌ بِمَوْضِعِ رَأْسِهِ؛ ضَمِيمَةٌ، وَكَذَا الْوَضُوءُ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَرْتَلِقُ عَادَةً بِمَوْضِعِ الرَّأْسِ، فَصَارَ مُخَصَّلًا شَرْطَ التَّلَفِ».

قَالَ: «وَهَذَا إِذَا رَشَّ مَاءً كَثِيرًا يَحَالُ يَرْتَلِقُ الْإِنْسَانُ (٣/١٢٥) بِهِ عَادَةً، أَمَا إِذَا رَشَّ مَاءً قَلِيلًا، كَمَا هُوَ الْمُعْتَادُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَرْتَلِقُ بِمِثْلِهِ، وَلَوْ رَلِقَ وَقَعَ ذَلِكَ مِنْ خُرْقِهِ، يَنْبَغِي إِلَّا يَضْمَنُ».

قَالَ: «وَهَذَا إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدِ الْمَاشِي الْمُرُورَ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي صُبَّ الْمَاءُ عَلَيْهِ، أَمَا إِذَا تَعَمَّدَ الْمُرُورَ عَلَيْهِ، فَسَقَطَ؛ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ عِلَّةٍ؛ لِأَنَّ السُّفُوطَ مِنْ فِعْلِهِ، وَهُوَ مُتَعَدٌّ كَالَّذِي رَشَّ الْمَاءَ، وَإِضَافَةُ الْحُكْمِ إِلَى الْعِلَّةِ الْمَخْصِيَةِ أَوْلَى، وَلَا

(١) يَنْظُرُ «الْمَتَاوِي الصَّعْي» لِلْمَدْرِ الشَّهِيدِ [٢٦٣/ق]

(٢) رَفَعَ فِي الْأَصْلِ «رِيَادَاتٍ». وَالْمَعْنَى مِنْ «وَأَمَّا»، «وَأَمَّا»، «وَأَمَّا»، «وَأَمَّا».

فلو تَعَمَّدَ الْمُرُورُ فِي مَوْضِعِ صَبِّ الْمَاءِ فَسَقَطَ لَا يَضْمَنُ الرَّاشُّ لِأَنَّهُ صَاحِبُ عِلَّةٍ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا رَشَّ بَعْضُ الطَّرِيقِ لِأَنَّهُ يَحْدُ مَوْضِعًا لِلْمُرُورِ لَا أَثَرُ لِلْمَاءِ فِيهِ، فَإِذَا تَعَمَّدَ الْمُرُورُ عَلَى مَوْضِعِ صَبِّ الْمَاءِ مَعَ عِلْمِهِ بِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ عَلَى الرَّاشِّ شَيْءٌ، وَإِنْ رَشَّ جَمِيعَ الطَّرِيقِ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مُضْطَرٌّ فِي الْمُرُورِ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْخَشَبَةِ الْمَوْضُوعَةِ فِي الطَّرِيقِ فِي أَخْذِهَا جَمِيعَةً أَوْ بَعْضَةً. وَلَوْ رَشَّ فِتَاءٌ حَائِثًا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، فَضَمَّانٌ مَا عَطِبَ عَلَى الْآمِرِ اسْتِخْصَانًا.

— عِدَّةُ الْجَمْعِ —

يُؤْخَذُ بِهِ صَاحِبُ الشَّرْطِ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ رَشَّ جَمِيعَ الطَّرِيقِ يَضْمَنُ)، يَغْنِي: وَإِنْ تَعَمَّدَ الْمَارُّ الْمُرُورَ لِاضْطِرَارِهِ فِي الْمُرُورِ.

قَالَ فِي بَابِ السَّيْنِ ^(١) مِنْ «الْوَأَقَعَاتِ»: «وَإِذَا رَأَى سَائِقُ الدَّابَّةِ أَنَّ الْمَاءَ قَدْ رَشَّ فِي الطَّرِيقِ، فَسَاقَ كَذَلِكَ فَعَطِبَ بِهِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي رَشَّ، وَإِنْ لَمْ يَرَهُ بَلْ كَانَ [ذَلِكَ] ^(٢) فِي اللَّيْلِ، فَالرَّاشُّ ضَامِنٌ».

قَوْلُهُ: (وَلَوْ رَشَّ فِتَاءٌ حَائِثًا بِإِذْنِ صَاحِبِهِ، فَضَمَّانٌ مَا عَطِبَ عَلَى الْآمِرِ اسْتِخْصَانًا).

قَالَ فِي «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى»: «وَلَوْ أَمَرَ الْأَجِيرُ، أَوْ السَّقَاءُ بِالرَّشِّ، فَرَشَّ فِتَاءٌ دُكَّانَ الْآمِرِ، ضَمِنَ الْآمِرُ دُونَ الرَّاشِّ، وَالْحَارِسُ إِذَا رَشَّ الْمَاءَ، هُوَ يَضْمَنُ كَيْفَ مَا كَانَ» ^(٣).

(١) بَقِيَ بِـ «بَابِ السَّيْنِ». مَا دَوَّرَهُ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي كِتَابِهِ «الْفَتَاوَى الْكُرَى» إِلَى كِتَابِ «فَتَاوَى أَهْلِ سَمَرْقَنْدَ». هَكَذَا بَصَّ عَلَيْهِ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ فِي دِيبَاحَةِ كِتَابِهِ. يَنْظُرُ: «الْفَتَاوَى الْكُرَى» - الْوَأَقَعَاتِ لِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ [ق ٣ / ب / مَحْطُوطٌ مَكْتَبَةٌ فِي مَسْجِدِ اللَّهِ أَمْدِي - تَرْكِيَا / (رَقْمُ الْحِظِّ: ١٠٨٦)]، وَ«كُتُبُ الطُّنُوفِ» لِحَاجِي خَلِيعَةَ [١٢٢٨/٢].

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ: ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠.

(٣) يَنْظُرُ: «الْفَتَاوَى الصَّغْرَى» لِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ [ق/٢٦٢].

وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَحِيرًا لِيَبْنِيَ لَهُ فِي فِتْنَاءٍ حَائِثِيَةٍ فَتَعْقِلَ بِهِ إِنْسَانٌ بَعْدَ فِرَاعِهِ
فَمَاتَ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْأَمِيرِ اسْتِخْصَانًا، وَلَوْ كَانَ أَمْرُهُ بِالْبِنَاءِ فِي وَسْطِ
الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجِيرِ لِفَسَادِ الْأَمْرِ.

قَالَ: وَمَنْ حَفَرَ بَثْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ وَضَعَ حَجَرًا، فَتَلَفَ بِذَلِكَ
إِنْسَانٌ، فَدَيْتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلَفَ بِهَيْمَةٍ فَضْمَانُهَا فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَدٌّ فِيهِ

﴿قوله المبدأ﴾

وَقَالَ فِي «خِلَاصَةِ الْفَتَاوَى»: «لَوْ أَمَرَهُ بِالْوُضُوءِ فِي الطَّرِيقِ، فَتَوَضَّأَ فِي
الطَّرِيقِ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْمُتَوَضِّئِ»^(١).

وَالْفِتْنَاءُ: مَا أُعِدَّ لِخَوَانِجِ الدَّارِ، كَرَبِطِ الدَّابَّةِ، وَكَسْرِ الْحَطَبِ، وَهُوَ سَعَةٌ أَمَامَ
الدَّارِ.

قَوْلُهُ: (فَتَعْقِلَ^(٢) بِهِ)، أَي: تَثَبَّ وَتَعَلَّقَ بِالْبِنَاءِ.

قَوْلُهُ: (فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجِيرِ لِفَسَادِ الْأَمْرِ)، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْأَمِيرِ فِي
وَسْطِ الطَّرِيقِ، فَفَسَدَ أَمْرُهُ، فَلِذَلِكَ لَمْ يُنْقَلْ فِعْلُ الْأَجِيرِ إِلَيْهِ، فَكَانَ الْأَجِيرُ هُوَ
الْمُتَعَدِّي فِي الْبِنَاءِ فِيهِ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ حَفَرَ بَثْرًا فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ وَضَعَ حَجَرًا، [فَتَلَفَ^(٣)]
بِذَلِكَ إِنْسَانٌ، فَدَيْتُهُ عَلَى [١٧٠/٨] عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ تَلَفَ بِهَيْمَةٍ فَضْمَانُهَا فِي مَالِهِ)،
أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٤).

وَقَالَ الْحَاكِمُ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «الْكَافِي»: «وَإِذَا احْتَفَرَ بَثْرًا الرَّجُلُ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ

(١) ينظر: «خِلَاصَةُ الْفَتَاوَى» لِلْبُخَارِيِّ [٣٤٩/ق].

(٢) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ: «تَعَلَّقَ». وَالْمَعْنَى مِنْ: «ن»، وَ«م»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٣) مَا بَيْنَ الْمُعْرِضَيْنِ: فِي «م»: «الْعَطَب».

(٤) ينظر: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٨٩].

فَيُضْمَنُ مَا يَتَوَلَّدُ مِنْهُ، غَيْرَ أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ النَّفْسَ دُونَ الْمَالِ فَكَانَ ضَمَانُ

﴿عَادَةُ الْمَالِ﴾

فِي عِبَرِ فَيَأْتِيهِ، فَوَقَعَ فِيهَا حَرٌّْ، أَوْ عِنْدَ مَمَاتٍ، فذلِكَ عَلَى عَاقِلَةِ الْحَافِرِ، وَلَا كِفَارَةَ عَلَيْهِ، وَذلِكَ لِأَنَّ الْحَافِرَ مُتَعَدٍّ، فَيَكُونُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، لِأَنَّ الْحَفَرَ لَيْسَ بِمَوْصُوعٍ لِلْقَتْلِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَيْسَ بِقَاتِلٍ حَقِيقَةً، وَلِهَذَا لَا تُجِبُ الْكِفَارَةُ، وَلَا يَحْرُمُ عَنِ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَاتِلًا بِالْحَفْرِ، وَلَا مَقْتُولًا هَاكِ.

وَلَا يَحُوزُ أَنْ يَكُونَ قَاتِلًا بِالْوُقُوعِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقَعُ فِي الْبِشْرِ بَعْدَ مَوْتِ الْحَافِرِ، وَيُسْتَحِيلُ أَنْ يَكُونَ قَاتِلًا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلَكِنْ الْحَافِرُ مُسَبَّبٌ مُتَعَدٍّ، غَيْرَ أَنَّ ضَمَانَ الْآدَمِيِّ تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ دُونَ الْمَالِ، فَلذلِكَ وَجِبَ عَلَيْهِمْ ضَمَانُ الْآدَمِيِّ دُونَ الْبَهِيمَةِ، فَإِنَّ ضَمَانَهَا عَلَيْهِ خَاصَّةٌ.

وَالرَّقِيقُ يَجِبُ ضَمَانُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَعْنَى الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ آدَمِيٌّ تَلَفَ عَلَى وَحْدِهِ الْخَطَأَ، وَضَمَانُ الدِّيَةِ فِي الْخَطَأِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَهَذَا فِي مَعْنَى الْخَطَأِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ قَضْدُ الْحَافِرِ مِنَ الْحَفْرِ الشُّقُوطَ^(١).

وَالْأَصْلُ هُنَا: مَا عُرِفَ فِي [٤٢٦/٣] أَصُولِ الْفِقْهِ: أَنَّ الْأَصْلَ فِي إِضَافَةِ الْحُكْمِ هُوَ الْعِلَّةُ إِذَا كَانَتْ صَالِحَةً لِلْإِضَافَةِ، وَإِذَا لَمْ تَصْلُحْ فَقَدْ يُقَامُ الشَّرْطُ مَقَامَهَا؛ لِإِشْتِرَاكِ الشَّرْطِ وَالْعِلَّةِ فِي وَجُودِ الْحُكْمِ عِنْدَهُمَا صِيَانَةٌ لِلنَّفْسِ وَالْمَالِ عَنِ الْهَدْرِ. وَهُنَا عِلَّةُ التَّلَفِ ثَقُلُ الْمَاشِي، لَا تَصْلُحُ لِإِضَافَةِ الْحُكْمِ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ جُبِلَ عَلَيْهِ بِخَلْقِ اللَّهِ تَعَالَى هَكَذَا، وَهُوَ أَمْرٌ طَبِيعِيٌّ لَا تَعْدِي فِيهِ، وَالسَّبَبُ مَشِي الْمَاشِي، وَهُوَ أَمْرٌ مَبَاحٌ لَا يَصْلُحُ سَبَبًا لِمَا كَانَ جَزَاءً، وَالشَّرْطُ إِزَالَةُ مُشْكَةِ الْأَرْضِ بِالْحَفْرِ وَقَعَ تَعْدِيًّا؛ لَوُقُوعِهِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، فَأُضِيفَ الْحُكْمُ، وَهُوَ الضَّمَانُ إِلَى الشَّرْطِ خَلْفًا عَنِ الْعِلَّةِ.

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٢٤/ق].

الهمة في ماله وإلقاء الثراب ، واتخاذ الطين في الطريق بمسألة إلقاء الحجر والحشة لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا كس الطريق ، فعطب بموضع كسه إنسان ، حيث لا يضمن ؛ لأنه ليس بمتعّد فإنه ما أحدث شيئاً فيه إنما قصد دفع الأذى عن الطريق ، حتى لو جمع الكناس في الطريق ونعقل بها إنسان كان ضامياً لتعديده يشغله (ولو وضع حجراً فتحاه غيره عن موضعه فعطب به إنسان فالضمان على الذي نحاه) لأن حكم فعله قد انتسخ إخراج ما شعله ، وإنما أشعل بالفعل الثاني موضع آخر .

حاشية المصنف

قوله: (وإلقاء الثراب ، واتخاذ الطين في الطريق بمسألة إلقاء الحجر والحشة) ، يعني: في وجوب الضمان .

قوله: (لما ذكرنا) ، أي: لأنه متعّد فيه .

قوله: (بخلاف ما إذا كس الطريق ، فعطب بموضع كنيه إنسان ، حيث لا يضمن) .

قال المحاكم الشهيد في «الكافي»: «ولو أن رجلاً كس الطريق ، فعطب بموضع كنيه إنسان ؛ لم يضمن ، وذلك لأن الإنسان لا يتعقل بموضع الكس عادة ، فلا يكون فيما فعل محصلاً لشرط السقوط ، بل هو محتسب برفع الأذى عن الطريق ، حتى لو وضع كناسة في الطريق فعطب بها إنسان يضمن ؛ لأنه متعّد في وضعها يشغل طريق المسلمين»^(١) .

وقال القدوري رحمه الله في «شرح» : «وقال محمد رحمه الله (١٧١/٨) : إن وضع ذلك في طريق غير نافذ ، وهو من أهله ؛ لم يضمن ؛ لأنها بقعة مشتركة ، فهي كالدار المشتركة ، فيجوز لكل واحد من الشركاء الانتفاع بها» .

(١) ينظر: «الكافي» للمحكم الشهيد [٥٢٣/ق] .

وفي «الحامع الضعير» في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فإن
أمره السلطان، أو أحمره عليه، لم يصغر، لأنه غير مُعَدُّ حيث فعل ما فعل
بأمر من له الولاية في حقوق العامة (وإن كان غير أمره فهو مُعَدُّ) إنما تنصرف
في حق غيره أو بالافتئات على رأي الإمام أو هو مُسَاحٌ مُقْبَدٌ بشرط السلامة،
وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه
وغيره؛ لأنَّ المَعْنَى لَا يَحْتَلِفُ.

قوله: (وفي «الحامع الضعير» في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق، فإن
أمره السلطان، أو أحمره عليه، لم يضمن)، وذلك لأنَّ للإمام ولاية عامة، فلا
يضمن ما فعله بإذن الإمام، وقد مرَّ هذا في أول الباب.

والْبَائِزَةُ وَالْبَلُوعَةُ بمعنى، وهو ما يُحْفَرُ فِي وَسْطِ الدَّارِ لِأَخْلِ مَاءِ الْوُضُوءِ،
أو ماء المطر.

قوله: (أو بالافتئات على رأي الإمام).

والافتئات: الاستيذاء بالرأي، افتعال من القوت، وهو السبُّ.

قوله: (وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة)،
يعني: إذا كان يأمر السلطان لا يضمن، وإن كان يغير أمره يضمن.
قوله: (مما ذكرناه وغيره).

أراد بما ذكره: إخراج الكنيف، أو الميزاب، أو الجرّصن إلى الطريق، وبناء
الدُّكَّانِ فيه، وإشراع الرُّوشَنِ، ووضع الحَخِرِ، وحفر البئر.

وأراد بغير ما ذكره: بناء الطَّلَّةِ، وعمرس الشَّجَرِ، وزمى الشَّلْحِ، والجلوس

للشَّيْءِ.

وكذلك إن حفره في ملكه ؛ لم يضمن ؛ لأنه غير متعّد (وكذا إذا حفره في فناء داره) لأنّ له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه . وقيل هذا إذا كان الفناء مملوكاً له أو كان له حق الحفر فيه لأنه غير متعّد ، أمّا إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة فإنه يضمنه لأنه مسبّب متعّد وهذا صحيح .

﴿ غيبة البغدادية ﴾

قوله: (وكذلك إن حفره في ملكه ؛ لم يضمن) ، يعني: كما أنّه لا يضمن إذا حفر البئر في طريق المسلمين بإذن الإمام ؛ لا يضمن إذا حفرها في ملكه [٤١٦/٣] بلا إذن الإمام ؛ لعدم التعدي ، وكذلك لا يضمن إذا حفر في فناء داره .

قيل: إنّما يكون له أن يحفر في فناء داره إذا كان الفناء مملوكاً له ، أو كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره ؛ لأنه إذا لم يلحق الضرر بالغير ؛ يكون له التصرف فيه مقيّداً بشرط السلامة ؛ لعدم التعدي ، أمّا إذا كان الفناء لجماعة المسلمين ، أو كان مشتركاً كما إذا كان في سكة غير نافذة ؛ يجب الضمان لوجود التعدي . أي: يجب ضمان حصّة الشركاء ، لا حصّة نفسه ، وقد مرّ ذلك عند قوله: (وكذا إذا صب الماء) .

قال صاحب «الهداية» رحمته الله: (وهذا صحيح) ، أي هذا الجواب صحيح ، وهو أنّه يضمن إذا كان الفناء مشتركاً ، أو كان لجماعة المسلمين .

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيبجاني رحمته الله في «شرح الكافي»: «وإذا احتفر الرجل بئراً في طريق مكة ، أو غير ذلك من القياقي»^(١) ، فلا ضمان عليه في ذلك ، وليس هذا كالأمصار ؛ لأنه غير متعّد فيما فعل ؛ لأن القياقي على الإباحة

(١) القياقي: هي البراري الواسعة ، جمع: قَيْعَاء . ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٤٨٥/٣ مادة: قَيْعَاء] .

ولو حفر في الطريق، ومات الواقع فيه جوعاً، أو غماً؛ لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة؛ لأنه مات من معنى في نفسه فلا يُصاف إلى الحفر، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع.

غاية السمع

الأصلية، لا حق لأحد فيها ولا اختصاص، فمن سبق يده تصرفاً فيه؛ صار أخص به، ولهذا يملك تلك الحفيرة، فصار عند الفراغ منه بمنزلة المملوك له.

قال: «ألا ترى أنه لو صرَبَ [١٧١/٨ م] هناك فسطاطاً، أو اتخذ ثوراً يُخَبَرُ فيه، أو ربط دابة؛ لم يضمن ما أصاب ذلك، أشار به إلى أنه يتصرف في موضع هو يسير منه، فلا يوصف فعله بالتعدي، وقالوا: هذا إذا حفر في غير ممر المسلمين، أما إذا حفر في ممرهم: ينبغي أن^(١) يضمن؛ لأنه مُتَعَدٍّ فيما فعل، وصار ذلك وطريق الأمصار سواء».

قوله: (ولو حفر في الطريق، ومات الواقع فيه جوعاً، أو غماً؛ لا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة). وهذه من مسائل «الأصل»، ذكرها تفرعاً.

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأنسجاني: «ثم الضمان إنما يجب على الحافر، أو على الأمير بالحفر إذا مات الساقط بالسقوط، أما إذا مات فيه جوعاً، أو غماً؛ فإنه لا يجب».

وعن أبي يوسف: أنه إذا مات فيه غماً يجب، وإن مات جوعاً لا يجب. وعن محمد: أنه يجب في الوجهين؛ لأنه سبب لموته فيه جوعاً وغماً، لولا ذلك لما أصابه هذا.

وأبو يوسف: يقول: موته غماً بسبب فساد هواء البئر، فصار ذلك مضافاً إلى الحافر، أما الجوع: فلا نسبة له إلى الحافر بوجه.

(١) وقع في الأصل: «أن لا»، والمثبت من: «ن»، و«ف»، و«م»، و«ه».

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ مَاتَ جُوعًا فَكَذَلِكَ، وَإِنْ مَاتَ عَمًا فَالْحَافِرُ صَامِرٌ لَهُ لِأَنَّهُ لَا مَسَبَ لِلنَّعْمِ سِوَى الْوُقُوعِ، أَمَّا الْجُوعُ فَلَا يَخْتَصُّ بِالشَّرِّ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ صَامِرٌ فِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا، لِأَنَّهُ إِنَّمَا حَدَثَ بِسَبَبِ الْوُقُوعِ، إِذَا لَوْلَاهُ لَكَانَ الطَّعَامُ قَرِيبًا مِنْهُ.

وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَجْرَاءً، فَحَقَرُوا لَهُ يَثْرًا فِي غَيْرِ فِتْنَائِهِ؛ فَذَلِكَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَجْرَاءِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فِتْنَائِهِ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ صَحَّتْ ظَاهِرًا [١/٢٦٠] إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا فَيَقِلَّ فِعْلُهُمْ إِلَيْهِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا مَغْرُورِينَ، فَصَارَ كَمَا

﴿عبد النبي﴾

وَفِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ: لَا يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ يُضَافُ إِلَى الْحَقْرِ مَا هُوَ مِنْ لَوَازِمِهِ، وَالسَّقُوطُ مِنْ لَوَازِمِهِ، أَمَّا الْجُوعُ وَالنَّعْمُ؛ فَلَيْسَ مِنْ لَوَازِمِ السَّقُوطِ.

وَقَوْلُهُ: (عَمًا)، أَيُّ: انْخِنَاقًا بِسَبَبِ الْعُقُوتَةِ، مَاخُودٌ مِنْ قَوْلِهِمْ: «يَوْمَ عَمٍّ» إِذَا كَانَ يَأْخُذُ النَّفْسَ مِنْ شِدَّةِ الْحَرِّ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَجْرَاءً، فَحَقَرُوا لَهُ يَثْرًا فِي غَيْرِ فِتْنَائِهِ؛ فَذَلِكَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَجْرَاءِ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا [١/٢٧٧] فِي غَيْرِ فِتْنَائِهِ).

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِيَجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «إِنْ كَانَ اسْتَأْجَرَ عَلَيْهَا أَجْرَاءً فَحَقَرُواهَا؛ فَذَلِكَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَجْرَاءِ إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فِتْنَائِهِ، وَإِنْ عَلِمُوا ذَلِكَ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَجْرَاءِ دُونَ الْآمِرِ، لِأَنَّهُمْ إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهَا فِي غَيْرِ فِتْنَائِهِ، أَوْ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ؛ كَانَ أَمْرُهُ صَحِيحًا مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ، وَذَلِكَ كَافٍ لِثِقَلِ الْفِعْلِ إِلَى الْآمِرِ.

وَهَذَا لِأَنَّا لَوْ قُلْنَا: إِنْ ثَقُلَ الْفِعْلُ بِقِصَّةِ الْإِجَارَةِ يَعْتَمِدُ صِحَّةُ الْأَمْرِ حَقِيقَةً؛ أَدَّى إِلَى الضَّرَرِ بِالْأَجْرَاءِ، إِذْ يَمْتَنِعُونَ عَنِ الْعَمَلِ لغيرِهِمْ مَخَافَةَ لُزُومِ الْعَهْدَةِ،

أمر امرئ بدفع هذه الشاة ودمجها ثم ظهر أن الشاة لغيره، إلا هناك يضمن
 له المور ويترجع على الأمير لأن الدائع مائتير والأمير مستتب والترجيع للمباشرة
 ويضمن المأمور ويترجع المعزور، وهذا يبحث الضمان على المستأجر ابتداءً
 وإن مثل واحد منهما مستتب والأجير غير متعقد والمستأجر متعقد فيترجع جايبه.
 وإن غشوا ذلك فليضمن عن الأجراء) لأنه لم يصح أمره بما ليس
 بمشكوك فيه ولا عزور فتبقى الفعل مضافاً إليهم.

في هذه المسألة

ورأس حجة، فجعلت النصحة من حيث الظاهر كصيحة الأمر من حيث الحقيقة؛
 ينقل العمل إلى المستأجر، وإذا عرفوا أنه في غير فئانه فقد عرفوا أنه أمرهم بأمر
 صلي، ولا يضاف بعنه إليه.

فإن قالوا: ينبغي أن يضمنوا، ثم يترجعوا بالضمان على الأمير، كالمودع إذا
 سئجت الوديعة في يده، وقد هلك؛ فإنه يضمن، ثم يترجع بذلك على المودع؛
 لأنه أمين لعقده بسبب عمل وقع له بأمره.

قلنا: لا يثبت هذا فضل الوديعة؛ لأنه ثمة سبب الضمان متعدد، كما وجد
 من المودع وجد من المودع، ولهذا خبرناه في التضمين (٨/١٧٢/٢)، ولكن لو ضمن
 المودع؛ يترجع عليه؛ لأنه ضمن سلامته في الذي عمل، فيترجع عليه بحكم الكفالة
 دلالة.

أما هنا: فسبب الضمان واحد، فإما أن يقرر في موضعه، أو ينقل، والقول
 بالنقل ممكن؛ لأنه تابع عمله، أو أثر عمله، وقد سلمه إلى من هو بسبيل من
 التسليم إليه، فخرج من بين، ولأننا لو قلنا باتباع الأجراء، ثم الرجوع؛ أدى إلى
 إبطال حقوق الناس؛ لأن الأجراء قلما يعرفون بخلاف المودع.

قال: «وإن كان في فئانه: فهو على الأمير دون الأجراء، إن علموا أو لم يعلموا

وإن قال لهم: هذا فنائي، وليس لي حق الحفر في القديم، فحفرُوا فمات فيه إنسان؛ فالضمان على الأجراء قياساً؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم وهي الاستحسان؛ الضمان على المستأجر؛ لأن كونه فناءً له بمنزلة كونه مملوكاً

﴿عامة الناس﴾

— يعني: علموا أنه ملكه، أو لم يعلموا.

أما إذا لم يعلموا: فظاهر، وكذلك إذا علموا؛ لأن الاشتباه قائم مع هذا؛ لأنهم متى رأوه يتفيع به انتفاع الملك من النزول عنده، والركوب، وربط الدابة، وخط الرخل يقع عنده؛ أن له هذا النوع من التصرف، وقد ذكرنا أنه في موضع اشتبه الأمر، جاز نقل فعل الأجير إليه؛ لما ذكرنا أن صحة الأمر ظاهراً كافٍ لنقل الفعل إلى الأجير.

قال في الكتاب: بلغنا نحو ذلك عن شريح. كذا في «شرح الكافي».

وقال القدوري رحمه الله في «شرح» : «إذا كان في فنيائه، فقد روي عن شريح: أنه ضمن عمرو بن الحارث قيمة بغلة وقعت في يثر حفرها^(١)، وقد كان عمرو بن الحارث أحد الرؤساء، وهو لا يحفر يثراً بنفسه، وإنما يستأجر من يحفرها، وقد صمته شريح بحضرة السلف».

قوله: (وإن قال لهم: هذا فنائي، وليس لي حق الحفر في القديم، فحفرُوا فمات فيه إنسان؛ فالضمان على الأجراء قياساً؛ لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم^(٢))، وفي الاستحسان: الضمان على المستأجر).

(١) أخرجه عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٨٤٠٤]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١١١/٨] من طريق سفيان، عن الميمونة، عن إبراهيم: أن بغلاً، وقع في يثر فأنكسر، فاختصموا إلى شريح، فقال عمرو بن الحارث: يا أبا أمية أعلني يثر ضمان؟ قال: لا، ولكن على عمرو بن الحارث، فصمته، وكانت يثر في الطريق في غير حفره. لفظ البيهقي.

(٢) وقع في الأصل: «عرهم»، والمثبت من: «ن»، و«فا»، و«غ»، و«م»، و«ر».

لَهُ لِإِنْطِلَاقِ يَدِهِ فِي التَّصَرُّفِ فِيهِ مِنَ الْإِقَاءِ الطَّيِّبِ وَالْخَطْبِ وَزَنْطِ الدَّابَّةِ
وَالرُّكُوبِ وَبِنَاءِ الدُّكَّانِ فَكَانَ الْأَمْرُ بِالْحَفْرِ فِي مَلَكِهِ ظَاهِرًا بِالنَّظَرِ إِلَى مَا ذَكَرْنَا
فَكَفَى ذَلِكَ لِنَقْلِ الْعَمَلِ إِلَيْهِ.

قَالَ: وَمَنْ جَعَلَ قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ، فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا فَعُطِبَ؛
فَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي جَعَلَ الْقَنْطَرَةَ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَضَعَ خَشَبَةً عَلَى الطَّرِيقِ، فَتَعَمَّدَ
رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ تَعَدُّهُ هُوَ تَسْيِيبٌ، وَالثَّانِي تَعَدُّهُ هُوَ مُبَاشَرَةٌ

عَلَيْهِ السَّلَامُ

قَالَ فِي «الْفَتَاوَى الصَّغِيرِ»: «وَلَوْ اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لِيَحْفَرَ لَهُ بَيْتًا فِي بِنَاءِ دَارِهِ،
فَحَفَرَ بَيْتًا وَفَرَّغَ مِنَ الْعَمَلِ، ثُمَّ وَقَعَ فِيهِ إِنْسَانٌ، إِنْ كَانَ أَخْبَرَ الْمُسْتَأْجِرَ الْأَجِيرَ أَنَّ
لَهُ حَقَّ الْحَفْرِ؛ فَالضَّمَانُ عَلَى الْآمِرِ، وَإِنْ كَانَ أَخْبَرَهُ أَنْ لَيْسَ لَهُ حَقُّ الْحَفْرِ؛
فَالْقِيَاسُ: أَنْ يَكُونَ الضَّمَانُ عَلَى الْأَجِيرِ.

وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: يَجِبُ عَلَى الْآمِرِ إِنْ كَانَ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الْعَمَلِ، بِخِلَافِ
الْآمِرِ بِذَبْحِ الشَّاةِ، وَإِشْرَاعِ الْجَنَاحِ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْمَأْمُورُ بِفَسَادِ الْآمِرِ؛
يُضْمَنُ، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الْآمِرِ، وَهُنَا لَا يُضْمَنُ الْمَأْمُورُ أَصْلًا؛ لِأَنَّ هُنَاكَ هُمَا
مُبَاشَرَانِ، وَالْمُبَاشِرُ يُضْمَنُ مُتَعَدِّيًّا كَانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ، لَكِنْ يَرْجِعُ إِذَا كَانَ مَغْرُورًا،
وَهَاهُنَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُسَبِّبٌ، وَالْمُسَبِّبُ إِنَّمَا يُضْمَنُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًّا، وَالْمُتَعَدِّي
هَاهُنَا الْآمِرُ دُونَ الْمَأْمُورِ»^(١).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ جَعَلَ قَنْطَرَةً بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ، فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا
فَعُطِبَ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي جَعَلَ [١٧٢/٨] الْقَنْطَرَةَ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَضَعَ خَشَبَةً
عَلَى الطَّرِيقِ، فَتَعَمَّدَ رَجُلٌ الْمُرُورَ عَلَيْهَا)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٢).

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للمصدر الشهيد [ق/٢٦٣، ٢٦٤].

(٢) «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٥١٥].

كَانَتْ الْإِصَافَةُ إِلَى الْمُتَأَثِّرِ أَوَّلَى، وَلِأَنَّ تَحَلُّلَ فِعْلٍ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ يَقْطَعُ النَّسَبَ
كَمَا فِي الْخَافِرِ مَعَ الْمُلْقِي.

قَالَ: وَمَنْ حَمَلَ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ، فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعُطِبَ بِهِ، فَهُوَ
ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ بِهِ إِنْسَانٌ، وَإِنْ كَانَ رِذَاءً فَلَبِسَهُ فَسَقَطَ فَعُطِبَ
بِهِ إِنْسَانٌ، لَمْ يَضْمَنْ.....

عنه نهار

وَدَلَّكَ لَأَنَّ الَّذِي نَصَبَ الْقُطْرَةَ عَلَى نَهْرٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ مُتَعَدٍّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ
نَعْمَةً قُطْرَةً فِي الْقَدِيمِ، وَلَكِنَّهُ مُسَبِّبٌ، وَإِنَّمَا يُصَافُ الْحُكْمُ إِلَى صَاحِبِ السَّبَبِ إِذَا
لَمْ يَكُنْ صَاحِبُ الْعِلَّةِ صَالِحًا لِإِصَافَةِ الْحُكْمِ إِلَيْهِ، بَأَنَّ كَانَتْ مُبَاحَةً.

فَأَمَّا إِذَا اسْتَوَيْنَا فِي الْعُدَوَانِيَّةِ: فَالْإِصَافَةُ إِلَى صَاحِبِ الْعِلَّةِ؛ لِأَنَّهَا بِالْإِصَافَةِ
أَوَّلَى؛ لَكُوبِهَا أَقْوَى، فَلَمَّا تَعَمَّدَ الْمُرُورَ [عَلَى الْقُطْرَةِ أَوْ] ^(١) عَلَى الْخَشَبَةِ؛ فَقَدْ
تَعَدَّى وَظَلَمَ نَفْسَهُ، فَلَا يُضَافُ إِلَى الْمُسَبِّبِ، كَمَنْ حَفَرَ بِنَرًا عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ،
فَجَاءَ إِنْسَانٌ فَأَوْقَعَ نَفْسَهُ فِيهَا؛ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْحَافِرِ، فَكَذَا هَذَا، فَصَارَ
كَرَجُلٍ أَوْقَفَ دَابَّتَهُ عَلَى الطَّرِيقِ، فَجَاءَ رَجُلٌ فَخَسَّهَا قَرْمَحَتُهُ، أَوْ كَذَمَّتُهُ؛ لَا يَجِبُ
الضَّمَانُ عَلَى الْمُوقِفِ، وَلِأَنَّ تَحَلُّلَ فِعْلٍ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ بَيْنَ السَّبَبِ وَالْحُكْمِ يَقْطَعُ
نِسْبَةَ الْحُكْمِ إِلَى السَّبَبِ، كَالْحَافِرِ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ مَعَ الدَّافِعِ، حَيْثُ يُضَافُ
الضَّمَانُ إِلَى الدَّافِعِ لَا إِلَى الْحَافِرِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ حَمَلَ شَيْئًا فِي الطَّرِيقِ، فَسَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعُطِبَ بِهِ؛ فَهُوَ
ضَامِنٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا سَقَطَ فَتَعَثَّرَ ^(٢) بِهِ إِنْسَانٌ، وَإِنْ كَانَ رِذَاءً فَلَبِسَهُ فَسَقَطَ فَعُطِبَ بِهِ
إِنْسَانٌ، لَمْ يَضْمَنْ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوْرَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي الرَّجُلِ يَحْمِلُ

(١) ما بين المعطوفتين زيادة من «ن» و«ع» و«ل» و«أ» و«م» و«و» و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «فتعلق». والمعنى من: «ن» و«أ» و«ل» و«ع» و«م» و«و» و«ر».

الشَّيْءَ فِي الطَّرِيقِ ، فَيَسْقُطُ مِنْهُ ذَلِكَ الشَّيْءُ ، فَيَعْطِبُ بِهِ إِنْسَانٌ فَيَمُوتُ ، قَالَ : الْحَامِلُ ضَامِرٌ ، وَإِنْ كَانَ رَدَاءً هُوَ لَا يَسْقُطُ مِنْهُ ، فَسَقَطَ مِنْهُ ، فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ ، قَالَ : لَا يَضْمَرُ^(١) .

وَقَالَ أَيْضًا فِيهِ: «عَنْ يَنْعُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ [٢٨/٣]: فِي الرَّجُلِ يَسُوقُ ذَابَّةً عَلَيْهَا سَرْجٌ، فَيَقَعُ السَّرْجُ عَلَى إِنْسَانٍ فَيَقْتُلُهُ، قَالَ: السَّائِقُ ضَامِنٌ»^(٢).
إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْل «الْبَاحِثُ الصَّغِيرُ».

والفرق: أَنَّ حَمَلَ الشَّيْءِ عَلَى الرَّأْسِ ، أَوْ عَلَى الْعَاتِقِ حِفْظٌ لَهُ قَصْدًا ، فَإِذَا قَصَرَ حَتَّى سَقَطَ ؛ كَانَ ذَلِكَ مُضَافًا إِلَيْهِ ، فَصَارَ بِالْحَمْلِ مُتَبَيِّنًا لَهُ ، وَهُوَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ ، فَإِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ التَّلَفُ ؛ كَانَ ضَامِنًا ، وَكَذَلِكَ السَّرْجُ مِنَ الْأَحْمَالِ ، فَأَمَّا الرَّدَاءُ فَتَابِعٌ لِبَدْنِهِ ، لَيْسَ ثَبَتُهُ لِلْحِفْظِ ، بَلِ الْحِفْظُ فِيهِ تَعَبٌ ، فَلَمْ يُجْعَلْ سُقُوطُهُ مُضَافًا إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْ .

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «قَالَ مُحَمَّدٌ : قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله : إِذَا كَانَ الرَّجُلُ يَمْشِي فِي الطَّرِيقِ وَعَلَيْهِ شَيْءٌ لَا يَسُهُ سَيْفٌ ، أَوْ حَيْلَسَانٌ ^(٣) أَوْ غَيْرُهُ ، فَوَقَعَ ذَلِكَ عَنْهُ فَعَطِبَ بِهِ عَاطِبٌ فَقَتَلَهُ ، أَوْ وَقَعَ عَلَى إِنْسَانٍ فَأَغَطَبَهُ ، أَوْ وَقَعَ فِي الطَّرِيقِ ، فَعَثَرَ بِهِ عَائِزٌ ؛ [فَلَا صَمَانَ عَلَيْهِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَا بَسًا لِذَلِكَ ، وَلَكِنَّهُ كَانَ حَامِلًا لَهُ فَوَقَعَ مِنْهُ عَلَى إِنْسَانٍ فَقَتَلَهُ ، أَوْ وَقَعَ [١٧٣/٨] مِنْهُ فَعَثَرَ بِهِ عَائِزٌ] ^(٤) ؛ فَهُوَ صَامِنٌ لِيَدِيهِ مَنْ هَلَكَ بِذَلِكَ» ^(٥) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله .

(١) بطر' الجامع الصغير/مع شرحه الباق الكبير [ص/٥١٤]

(٢) ينظر المصدر السابق [ص/٥١٥، ٥١٦].

(٣) الطَّيَّانُ: تَعْرِيبُ ثَائِلَانِ، وَجَمْعُهُ: طَيَّانَةٌ، وَهُوَ مِنْ لُتَامِ الْعَجَمِ، مُدَوَّرٌ أَسْوَدٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيبُ بِدَلَالَةِ

(٤) ما بين المعقوفين - زيادة من - ١٥، ٢٠، ٢٥، ٣٠، ٣٥، و٤٠.

(٥) ميطر. «شرح مختصر الكرخي» للبغدادي [ق/٣٤٠/داماد].

وَهَذَا اللَّفْظُ يَشْمَلُ التَّوَجُّهَيْنِ .

عَنْ أَبِي بَكْرٍ

وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مَا يَلْبَسُهُ الْإِنْسَانُ لَيْسَ يُمَكِّنُهُ الْاحْتِرَازُ مِنْهُ ، وَمَا لَا يُمَكِّنُهُ الْاحْتِرَازُ مِنْهُ لَا يُضْمَنُ فِي الطَّرْقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهُ ، وَالْحَمْلُ يُمَكِّنُ الْاحْتِرَازَ مِنْهُ ، وَلَهُ مِنْهُ بُدٌّ ، فَمَا يَتَوَلَّدُ [مِنْهُ] ^(١) مَضْمُونٌ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَبَاحَ الْأَصْطِيَادَ ، وَرَمَى الصَّيْدَ ، فَلَوْ أَنَّهُ رَمَى صَيْدًا فَوْقَ بَشَاةٍ ، أَوْ إِنْسَانٍ ؛ ضَمِنَ ، وَكَذَا لَوْ رَمَى مُشْرِكًا فِي حَالِ الْقِتَالِ ، فَأَصَابَ مُسْلِمًا ، وَقَدْ قَرَضَ اللَّهُ تَعَالَى رَمِيَهُ فِي تِلْكَ الْحَالِ ، فَهَكَذَا الْإِبَاحَةُ فِي الْحَمْلِ .

فَأَمَّا اللَّبَاسُ : فَأَمْرٌ عَامٌّ يَشْتَرِكُ فِيهِ الْمُسْلِمُونَ جَمِيعًا ، وَهُمْ فِيهِ أَسْوَةٌ ، وَلَا بُدَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُ .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله أَيْضًا فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «قَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله : وَإِنَّمَا نُجِيزُ مِنْ ذَلِكَ ، وَتُبْطَلُ الضَّمَانُ فِيمَا كَانَ يَلْبَسُهُ النَّاسُ ، فَإِذَا لَبَسَ مِنْ ذَلِكَ مَا لَا يَلْبَسُونَهُ ، جَعَلْنَاهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَامِلِ ، وَضَمَّائِهِ بِهِ كَمَا يُضْمَنُ الْحَامِلُ» ^(٢) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله .

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله : «وَهَذَا صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ مَا [لَا] ^(٣) يَلْبَسُهُ النَّاسُ ؛ لَا تَدْعُو إِلَيْهِ الْحَاجَةُ ، فَهُوَ كَالْحَمْلِ ، فَيَكُونُ مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ» .

قَوْلُهُ : (وَهَذَا اللَّفْظُ) . أَشَارَ بِهِ إِلَى قَوْلِهِ : (فَعَطِبَ بِهِ ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ) .

قَوْلُهُ : (يَشْمَلُ التَّوَجُّهَيْنِ) .

أَرَادَ بِهِمَا : تَلَفَ الْإِنْسَانُ بِوُقُوعِ الشَّيْءِ الْمَحْمُولِ عَلَيْهِ ، وَتَلَفُهُ بِهِ بِالتَّعَثُّرِ بِهِ بَعْدَ

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «يَا» ، وَ«لَمْ» .

(٢) يَنْظُرُ : «اشرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٠/دَامَاد] .

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «يَا» ، وَ«لَمْ» ، وَ«رَ» ، وَ«عَ» .

وَالْفَرْقُ أَنَّ حَامِلَ الشَّيْءِ قَاصِدٌ حِفْظُهُ فَلَا حَرَجَ فِي التَّقْيِيدِ بِوُضُفِ
السَّلَامَةِ، وَاللَّابِسُ لَا يَقْصِدُ حِفْظَ مَا يَلْبَسُهُ فَيَخْرُجُ بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَا فَجَعَلْنَاهُ
مُبَاحًا مُطْلَقًا.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ إِذَا لَبَسَ مَا لَا يَلْبَسُهُ عَادَةً فَهُوَ كَالْحَامِلِ (١)؛ لِأَنَّ
الْحَاجَةَ لَا تَدْعُو إِلَى لَبْسِهِ.

قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْمَسْجِدُ لِلْعَشِيرَةِ، فَعَلَّقَ رَجُلٌ مِنْهُمْ قِنْدِيلًا، أَوْ جَعَلَ فِيهِ
بَوَارِي^(١)، أَوْ حَصَاةً، فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ، لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي فَعَلَ ذَلِكَ

﴿عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَرْزَةَ﴾

وُقُوعِهِ فِي الطَّرِيقِ.

وَالْفَرْقُ - أَي: الْفَرْقُ بَيْنَ الْمَحْمُولِ وَالْمَلْبُوسِ - : حَيْثُ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي
الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي.

قَوْلُهُ: (بِالتَّقْيِيدِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ)، أَي: بِوُضُفِ السَّلَامَةِ.

قَوْلُهُ: (إِذَا لَبَسَ مَا لَا يَلْبَسُهُ)، وَهُوَ كَاللَّبْدِ^(٢)، وَالْحَوَالِقِ^(٣)، وَدِرْعِ الْحَرْبِ
فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْحَرْبِ، وَالثَّوْبِ الَّذِي لَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ مِنْ حَيْثُ الزَّيْنَةُ، وَمِنْ حَيْثُ
دَفْعُ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْمَسْجِدُ لِلْعَشِيرَةِ، فَعَلَّقَ رَجُلٌ مِنْهُمْ قِنْدِيلًا، أَوْ جَعَلَ
فِيهِ بَوَارِي^(١)، أَوْ حَصَاةً، فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ، لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي فَعَلَ ذَلِكَ

(١) الْبَوَارِي: جَمْعُ الْبَارِيَةِ، وَهِيَ الْخَصِيرُ الْمَنْسُوجُ، وَالنَّبْتُ إِلَى عَمَلِهَا وَيَتِيمِهَا: بَوَارِي. وَقَدْ تَقَدَّمَ
التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ.

(٢) اللَّبْدُ: مَا يَلْبَدُ مِنْ شَعْرِ أَوْ صُوفٍ. يَنْطَرُ: «الْمُهْصِيحُ الْمُنِيرُ» لِلْفَيْوَمِيِّ [٥٤٨/٢ / مَادَّة: لَبَد].

(٣) الْحَوَالِقُ - بِصَمِّ الْجِيمِ أَوْ كَسَرِهَا - : وَعَاءٌ مِنْ صُوفٍ أَوْ شَعْرِ أَوْ عِبرِهَا، جَمْعُهُ: حَوَالِقُ، وَجَوَالِقُ.
وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ.

من غير العشرة ، يَضْمَنُ

عنه

من غير العشرة ، يَضْمَنُ ، أي : قال في «الجامع الصغير» .

وصورتها فيه : «مُحَمَّدٌ» عَنْ يَنْقُوبَ ، عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ رضي الله عنه : فِي الْمَسْجِدِ يَكُونُ لِلْعَشِيرَةِ ، فَيَجِيءُ رَجُلٌ مِنَ الْعَشِيرَةِ ، فَيُعَلِّقُ فِيهِ قَنْدِيلًا ، أَوْ يَتَسَطُّ فِيهِ بَوَارِي ، أَوْ حَصَى ، فَيُعْطَبُ بِهِ إِنْسَانٌ ، قَالَ : لَا شَيْءَ عَلَيْهِ ^(١) ، وَإِنْ كَانَ الْفَاعِلُ لِدَلِّكَ مِنْ غَيْرِ الْعَشِيرَةِ ، ضَمِنَ ذَلِكَ كُلَّهُ .

وإن جَلَسَ رَجُلٌ مِنَ الْعَشِيرَةِ فِي ذَلِكَ الْمَسْجِدِ فَعُطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ ، قَالَ : إِنْ كَانَ ^(٢) جَالِسًا فِي صَلَاةٍ لَمْ يَضْمَنْ ، وَإِنْ كَانَ جَالِسًا فِي غَيْرِ صَلَاةٍ ضَمِنَ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رضي الله عنه : لَا يَضْمَنُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ^(٣) . إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رضي الله عنه فِي «الْكَافِي» : «وَإِذَا حَقَّرَ أَهْلُ الْمَسْجِدِ فِيهِ بِئْرًا لِمَاءِ الْمَطَرِ ، أَوْ وَضَعُوا فِيهِ جُبًّا ^(٤) يُصَبُّ فِيهِ الْمَاءُ ، أَوْ طَرَحُوا ^(٥) فِيهِ بَوَارِي ، أَوْ حَصَى ، أَوْ رَكَّبُوا بَابًا وَعَلَّقُوا فِيهِ قَنْدِيلًا ، أَوْ ظَلَّلُوهُ ، فَلَا ضَمَانَ فِيمَنْ عُطِبَ بِذَلِكَ عَلَيْهِمْ ، لِأَنَّ هَذِهِ الْأُمُورَ مِنْ مَصَالِحِ الْمَسْجِدِ ، وَأَهْلُهُ مُتَعَبِّتُونَ لِدَلِّكَ ، فَلَا يُوصَفُ فِعْلُهُمْ بِالْتَّعَدِّيِّ ، وَكَذَلِكَ إِنْ فَعَلَهُ غَيْرُهُمْ بِأَذْنِهِمْ ، وَإِنْ فَعَلَ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ ، فَهُوَ ضَامِنٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَبِيبَةَ رضي الله عنه .

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رضي الله عنه : إِذَا كَانَ مَسْجِدَ عَامَّةٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ اسْتِخْصَانًا إِلَّا فِي الْبَاءِ وَالْحَقْرِ ^(٦) .

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْفُوفَيْنِ - رِيَادَةُ مِنْ «ن» ، وَ«ع» ، وَ«ط» ، وَ«م» ، وَ«ر» .

(٢) بَطْنُ : «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ [ص/٥١٥] .

(٣) الْحَبْ - بِالضَّمِّ - : الْبِئْرُ ، أَوِ الْكَثِيرَةُ الْمَاءِ الْبَعِيدَةُ الْقَمَرِ ، أَوِ الْجَيْدَةُ الْمَوْضِعِ مِنَ الْكَلَا ، أَوِ النَّهْرُ .
نَعْنُو بَطْنُ : نَاجِ الْمُرُوسِ لِلرَّيْدِيِّ [١٢١/٢] مَادَّةُ : حَبْ .

(٤) بَطْنُ : «الْكَافِي» لِلْحَكَّامِ الشَّهِيدِ [ف/٥٢٥] .

قَالُوا: هَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ فِي الْوُحْهَيْنِ جَمِيعًا، لَأَنَّهُ مِنْ الْقُرْبِ وَكُلُّ أَحَدٍ مَأْذُونٌ فِي إِقَامَتِهَا فَلَا يَتَّقِي بِشَرِّ السَّلَامَةِ، كَمَا إِذَا فَعَلَهُ بِإِذْنٍ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَسْجِدِ.

﴿عَلِيَّةُ السَّابِقِ﴾

وَجَهَ قَوْلُهُمَا: أَنَّ جَمِيعَ الْمُسْلِمِينَ سَوَاءٌ فِي الْمَسَاجِدِ، وَقَدْ أُذِنَ لِلْمُسْلِمِينَ فِي عِمَارَتِهِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا يَعْمُرُ مَسْجِدَ اللَّهِ مَنْ ءَامَنَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ [البقرة: ١٨]، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فِي يُؤْتِي أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تَرْفَعَ وَيَذْكُرَ فِيهَا أَسْمَاءُ﴾ [البقرة: ٣٦]، فَإِذَا كَانُوا سَوَاءً، كَانَ الْكُلُّ أَهْلًا لِلتَّصَرُّفِ فِيهَا وَقَعَ مَصْلَحَةُ الْمَسْجِدِ ظَاهِرًا، وَبَسْطُ الْحَصِيرِ وَتَعْلِيقُ الْقِنْدِيلِ وَمَا شَاكَلَ ذَلِكَ مَصَالِحُ ظَاهِرَةٌ، فَلَا يُمْنَعُ أَحَدٌ مِنْ ذَلِكَ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنَ الصَّلَاةِ فِيهِ، فَلَا يُمْنَعُ أَيْضًا مِمَّا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِ الصَّلَاةِ، وَبَسْطُ الْحَصِيرِ وَالْإِسْرَاجِ مِنْ ضَرُورَاتِهَا، بِخِلَافِ الْبِنَاءِ وَالْحَفْرِ، وَلَأَنَّ سَائِرَ النَّاسِ مَتَى كَانُوا مَأْذُونِينَ بِالْدُّخُولِ فِيهِ، وَالْجُلُوسِ لِلصَّلَاةِ فِيهِ، وَالتَّدْرِيسِ وَنَحْوِهِ، نَزَلُوا مِنْ أَهْلِ الْمَسْجِدِ مَنْزِلَةُ الْمُسْتَعِيرِ مِنَ الْمَالِكِ فِي الدَّارِ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يَضَعَ فِي الدَّارِ الْحَصِيرَ وَالْقِنْدِيلَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَرَ فِيهَا أَوْ يَبْنِيَ، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: أَنَّ هَذَا الرَّجُلَ فَعَلَ مَا فَعَلَ حَيْثُ لَا يَمْلِكُ لَهُ وَلَا وِلَايَةٌ، فَيَضْمَنُ، كَمَا لَوْ حَفَرَ بَيْتًا فِي الْمَسْجِدِ فَعَطِبَ فِيهَا إِنْسَانٌ، أَوْ بِهِمَةٌ أَنَّهُ يَضْمَنُ.

وَأَمَّا قُلْنَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْعَشِيرَةِ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِهِمْ، وَلَهُمْ مَنَعُهُ عَنْ ذَلِكَ لِاخْتِصَاصِهِمْ بِالرَّأْيِ وَالتَّدْبِيرِ فِيهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ نَصَبَ ^(١) الْإِمَامِ وَالْقِيَمِ وَفَتْحَ بَابِهِ وَإِعْلَاقَهُ مُفَوَّضٌ إِلَيْهِمْ، وَلِهَذَا إِذَا صَلَّى غَيْرُ الْعَشِيرَةِ فِيهِ بِجَمَاعَةٍ؛ فَلِأَهْلِ

(١) وَفَعَلَ فِي الْأَصْلِ: «نَصَبَ». وَالْمَثَلُ مِنْ «نَ» وَ«صَ» وَ«غَ» وَ«مَ»، وَ«نَ» وَ«مَ» وَ«غَ».

وَبِمَا حَبِطَ وَهُوَ الْفَرْقُ أَنْ التَّذْيِيرَ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمُسْحَدِ لِأَهْلِهِ ذَوِي عَيْزِهِ
كَتُوبِ الزَّمَانِ وَالْخَيْرِ الْمَتَوَلَّى وَفَتْحُ نَائِهِ وَإِعْلَافِهِ وَتَكَرُّرِ الْخَفَاعَةِ إِذَا سَقَطَتْ فِي
عَيْزِهِ فَكَانَ يَغْنُمُهُ مَحَا مُطْلَقًا غَيْرَ مُقَيَّدٍ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَفَعَلَ غَيْرُهُمْ تَعْدِيًا
أَوْ مَحَا مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ، وَقَضْدُ الْقُرْبَةِ لَا يُبَاقِي الْغَرَامَةَ إِذَا أَخْطَأَ الطَّرِيقَ
كَمَا إِذَا تَقَرَّدَ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الزَّنا وَالطَّرِيقِ بِيَمَانٍ نَحْنُ فِيهِ الْإِسْتِثْنَانُ مِنْ أَهْلِهِ
وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنْهُمْ، فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ، لَمْ يَضْمَنْ إِنْ كَانَ فِي

عَبْدُ اللَّهِ

الْمُسْحَدِ أَنْ يُصْنُوا فِيهِ بِجَمَاعَةٍ مِنْ غَيْرِ كَرَاهَةٍ، وَيُتَكَرَّرُ عَكْسُ ذَلِكَ.

وَلَا أَنْ أَكْثَرَ مَا فِي الْبَابِ: أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مُبَاحًا، وَهُوَ غَيْرُ وَاجِبٍ لَا مَحَالَةَ، وَكَانَ
مُقَيَّدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فَضَمُونِ الْعَاقِبَةِ، وَصَارَ كَمَنْ وَقَفَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ يُضْلِعُ
بِشَرِّ الْمُسْلِمِينَ، أَنَّهُ يَضْمَنْ مَا عَطِبَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مُتَقَرَّبًا فِي ذَلِكَ، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَقَضْدُ الْقُرْبَةِ لَا يُبَاقِي الضَّمَانَ إِذَا أَخْطَأَ طَرِيقَ الْقُرْبَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ شَهِدَ
وَحْدَهُ فِي الزَّنا، يُحَدُّ حَدُّ الْقَذْفِ، وَإِنْ كَانَ آدَاءُ شَهَادَتِهِ حِسَّةً لِلَّهِ تَعَالَى مُتَقَرَّبًا،
وَلَكِنْ لَمَّا لَمْ يَكْمُلْ نِصَابُ الشَّهَادَةِ فِي الزَّنا، وَهِيَ شَهَادَةُ الْأَرْبَعَةِ؛ اعْتَبَرَ [١٠١٧٤] أ
قَدَمًا، وَلَا يَمْتَنِعُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْحَدُ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَيَخْتَصُّ تَذْيِيرَهُ بِأَهْلِهِ، أَلَا
تَرَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَخَذَ مِفَاتِيحَ الْكَعْبَةِ مِنْ بَنِي شَيْبَةَ، فَأَمَرَهُ اللَّهُ [١٠١٧٥] تَعَالَى
بِرَفْعِهَا إِلَيْهِمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [١٠١٧٦].
[١٠١٧٧] أ، وَالْكَعْبَةُ حَقٌّ لَجَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ اخْتَصَّ قَوْمٌ بِتَذْيِيرِهَا.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ جَلَسَ فِيهِ رَجُلٌ مِنْهُمْ، فَعَطِبَ بِهِ رَجُلٌ، لَمْ يَضْمَنْ إِنْ كَانَ فِي

(١) أخرجه الطبري في «تفسيره» [٤٩١/٨]، من طريق حجاج، عن ابن جريج في قوله تعالى: ﴿وَأَنْتَ يَا مُحَمَّدُ رَأْسُ الْأَمَانَةِ إِلَى أَهْلِهَا﴾. قال: «فعلت في عثمان بن طلحة بن أبي طلحة، فصره
إلي ﷺ مفاتيح الكعبة».

الصلاة، وإن كان في غير الصلاة، ضمن، وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا لا يضمن على كل حال.

﴿ نهاية المسار ﴾

الصلاة، وإن كان في غير الصلاة، ضمن، وهذا عند أبي حنيفة رحمته الله، وقالوا لا يضمن على كل حال. وهذه من مسائل «الجامع الصغير»^(١).

قال صاحب «الهداية» رحمته الله تفرعاً عليها: (وَلَوْ كَانَ جَالِسًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ، أَوْ لِلتَّعْلِيمِ، أَوْ لِلصَّلَاةِ، أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ، أَوْ نَامَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ، أَوْ مَرَّ فِيهِ مَرًّا، أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِحَدِيثٍ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْإِخْتِلَافِ).

يعني: عند أبي حنيفة رحمته الله: [يُضْمَنُ]^(٢)، وعندهما: لا يضمن.

وقال الحاكم الشهيد رحمته الله في «الكافي»: «وَإِذَا قَعَدَ الرَّجُلُ فِي مَسْجِدِ جَمَاعَةٍ، أَوْ نَامَ فِيهِ، أَوْ قَامَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ صَلَاةٍ، أَوْ مَرَّ فِيهِ، فَمَا أَصَابَ بِمَا أَحْدَثَ، فَهُوَ ضَامِرٌ، كَمَا يُضْمَنُ فِي الطَّرِيقِ الْأَعْيُنِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما الله: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ»^(٣).

وجه قولهما: أن هذه الأمور مباحة في المسجد، وقد يكون قرينة في بعض الأحوال إذا قصد به انتظار الصلاة، والمُنْتَظَرُ للصلاة كأنه في الصلاة، فلو قعد في حال الصلاة؛ لم يضمن، وكذلك إذا قعد في حالة هي مُلْحَقَةٌ بالصلاة.

واستوضح القُدُورِيُّ رحمته الله في «شرحه» بقوله: «أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَاشِيَ فِي الطَّرِيقِ لِلطَّاعَةِ لَمَّا لَمْ يُضْمَنْ، [لَمْ يُضْمَنْ]^(٤) إِذَا مَشَى لِلْمَعْصِيَةِ، وَلَأنَّ بَعْضَ الصَّحَابَةِ كَانُوا يَبْتَثُونَ فِي الْمَسَاجِدِ، وَكَذَلِكَ بَعْضُ الصَّالِحِينَ بَعْدَهُمْ كَانُوا يَخْتَارُونَ إطَالََةَ

(١) ينظر «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٦٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «ع»، «و»، «أ»، «و»، «و»، «و».

(٣) ينظر: «الكافي» للحكام الشهيد [ف/٥٢٥].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «ع»، «و»، «أ»، «و»، «و»، «و».

وَلَوْ كَانَ خَالِصًا لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ أَوْ لِلتَّعْلِيمِ أَوْ لِلصَّلَاةِ أَوْ نَامَ فِيهِ فِي أَثَرِ
الصَّلَاةِ أَوْ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَوْ مَرَّ فِيهِ مَرًّا أَوْ قَعَدَ فِيهِ لِخَدِيثٍ فَهُوَ عَلَى هَذِهِ
الِاخْتِلَافِ، وَأَمَّا الْمُعْتَكِفُ فَقَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ^(١)

وَأَمَّا الْمُعْتَكِفُ فَقَدْ قِيلَ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَقِيلَ لَا يَضُرُّ.

لَهُمَا أَنَّ الْمَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَالذِّكْرِ وَلَا يُمَكِّنُهُ أَدَاءُ الصَّلَاةِ
بِالْجَمَاعَةِ إِلَّا بِاتِّطَارِهَا فَكَانَ الْجُلُوسُ فِيهِ مُبَاحًا لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ الصَّلَاةِ،
أَوْ لِأَنَّ الْمُتَطَيِّرَ لِلصَّلَاةِ فِي الصَّلَاةِ حُكْمًا بِالْخَدِيثِ فَلَا يَضُرُّ كَمَا إِذَا كَانَ فِي
الصَّلَاةِ..

﴿ مائة الحديث ﴾

الْمُكْتَفِ فِي الْمَسَاجِدِ، فَلَوْ كَانَ ذَلِكَ أَمْرًا غَيْرَ مُسْتَحْسَنٍ لَمَا اخْتَارُوا ذَلِكَ.

وَلَا يَحْتَقِرُ^(٢) أَنَّهُ شَغَلَ الْمَسْجِدَ بِأَمْرٍ لَمْ يُوضَعْ لَهُ، فَيَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ،
كَمَا لَوْ وَقَفَ فِي طَرِيقِ الْعَامَّةِ أَوْ قَعَدَ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَسَاجِدَ إِنَّمَا أُعِدَّتْ لِلصَّلَاةِ فِيهَا
وَلِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿ وَلَذِكْرُ اللَّهِ أَكْبَرُ ﴾ [المكوت: ١٥].

وَقَالَ تَعَالَى: ﴿ فِي يَوْمٍ إِذِ اتَّخَذَ اللَّهُ أَنْ تَرْفَعَ وَتُذَكَّرَ فِيهَا أَسْمُهُ يُسَبِّحُ لَهُ فِيهَا
بِالْقُدُورِ وَالْأَصْوَالِ ﴾ [النور: ٣٦].

فَمَنْ شَغَلَهُ بِغَيْرِ ذَلِكَ كَانَ مُتَعَدِّيًا، كَالطَّرِيقِ لَمَا وَضِعَتْ لِلْإِحْتِيَارِ؛ كَانَ الْقَاعِدُ
فِيهَا ضَامِنًا، فَكَذَا هَذَا، وَلَئِنْ كَانَ فِيهِ ضَرْبُ إِطْلَاقٍ، وَلَكِنْ يُقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ
كَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ، فَإِذَا انْقَلَبَ فَسَادًا، تَبَيَّنَ أَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنْهُ، وَاسْتِقَامَ التَّقْيِيدُ، لِأَنَّهُ
جَائِزُ التَّرْكِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْأَشْجَبِي^(٣) فِي «شرح الكافي»: «قالوا هذا

(١) في حاشية الأصل: «فخ: الاختلاف».

وَلَهُ أَنْ الْمَسْجِدَ إِنَّمَا بُنِيَ لِلصَّلَاةِ ، وَهَذِهِ الْأَشْيَاءُ مُلْحَقَةٌ بِهَا فَلَا بُدَّ مِنْ إِطْهَارِ التَّمَاوُتِ فَجَعَلْنَا الْخُلُوسَ لِلْأَصْلِ مُبَاحًا مُطْلَقًا وَالْجُلُوسَ لِمَا يُلْحَقُ بِهِ مُبَاحًا مُقْبَدًا بِشَرْطِ السَّلَامَةِ وَلَا غَرَوْ أَنْ يَكُونَ الْفِعْلُ مُبَاحًا أَوْ مَنذُوبًا إِلَيْهِ وَهُوَ مُقْبَدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ كَالرَّمِي إِلَى الْكَافِرِ أَوْ إِلَى الصَّيْدِ وَالْمَشْيِ فِي الطَّرِيقِ [١/٢١١] وَالْمَشْيِ فِي الْمَسْجِدِ إِذَا وَطِئَ غَيْرُهُ وَالتَّوَمُّ فِيهِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ .

❦ غايه البيان ❦

إِذَا جَلَسَ [١/٢١٧٤/٨] لِلْحَدِيثِ ، أَمَّا إِذَا جَلَسَ لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ، أَوْ لِلذِّكْرِ ، أَوْ لِلتَّذْكِيرِ ، أَوْ مَا شَاكَلَ ذَلِكَ مِنَ الْقُرْبِ ، وَكَذَلِكَ إِذَا جَلَسَ لانتظار الصلاة ، يَنْبَغِي أَلَّا يَضْمَنَ مَا عَطِبَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَسَاجِدَ أُعِدَّتْ لِهَذِهِ الْأُمُورِ .

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير» : «وَأِنْ قَعَدَ مُعْتَكِفًا ، وَإِنْ مَشَايَخُنَا اخْتَلَفُوا فِيهِ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : [عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ^(١)] : يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ [جَلَسَ]^(٢) لغير الصلاة ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا يَضْمَنُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَقَرَّبٌ [بِهِ]^(٣) .»

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ أَيْضًا رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : «وَأِنْ كَانَ الرَّجُلُ الْجَالِسُ رَجُلًا مِنْ غَيْرِ الْعَشِيرَةِ ، فَقَوْلُهُمَا فِيهِ : لَا يُشْكِلُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الرَّجُلِ مِنَ الْعَشِيرَةِ ، كَمَا قَالَ فِي بَشْطِ [١/٢٩٠/٢] الْبَوَارِيُّ وَالْحَصَاةُ . وَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَضْمَنَ بِكُلِّ حَالٍ .

وَقَالَ [بَعْضُهُمْ]^(٣) : بَلْ هُوَ عِنْدَهُ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ بِمَنْزِلَةِ الْعَشِيرَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَسَاجِدَ أُعِدَّتْ لصلاة العامة مِنْ غَيْرِ خُصُوصٍ ، وَإِنَّمَا الْخُصُوصُ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الرَّأْيِ وَالتَّدْبِيرِ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِمْ حَقُّ إِقَامَةِ الْجَمَاعَةِ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَفْتَقِرُ لِلرَّأْيِ

(١) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، «ع» ، «و» ، «أ» ، «م» ، «و» .

(٢) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، «ع» ، «و» ، «أ» ، «م» ، «و» .

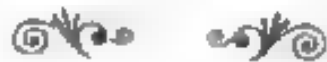
(٣) ما بين المعقوفين : زيادة من : «ن» ، «ع» ، «و» ، «أ» ، «م» ، «و» .

(وَإِنْ جَلَسَ رَجُلٌ مِنْ غَيْرِ الْعَشِيرَةِ فِيهِ لِلصَّلَاةِ فَتَعَقَّلَ بِهِ إِنْسَانٌ يُسْغِي أَنْ لَا يَضْمَرَ) لِأَنَّ الْمَسْجِدَ بُنِيَ لِلصَّلَاةِ وَأَمْرُ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ إِنْ كَانَ مُفَوَّضًا إِلَى أَهْلِ الْمَسْجِدِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَنْ يُصَلِّيَ فِيهِ وَحْدَهُ.

غاية السار

والتدبير، فأما نفس الصلاة: فمُستغنى عن ذلك، بخلاف تعليق القاديل، وبسط البوارى، والبساط والخصى.

قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامَ ﷺ: «وَهَذَا الْقَوْلُ أَشْبَهُ».



فصل

في الحائِطِ الْمَائِلِ

قال وإذا مال الحائِطُ إلى طريقِ المُسلمينَ ، وطُوبِ صاحبُه بِتَقْضِهِ ،
وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مَدَّةٍ يَنْقُذُ عَلَى نَفْسِهِ حَتَّى سَقَطَ ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ
بِهِ مِنْ نَفْسٍ أَوْ مَالٍ .

————— ﴿ عَامَةُ الْمَوَالِ ﴾ —————

فصل

في الحائِطِ الْمَائِلِ

لَمَّا ذَكَرَ أَحْكَامَ الْقَتْلِ الَّذِي يَخْصُلُ بِمُبَاشَرَةِ الْإِنْسَانِ ، أَوْ تَنْسِيْبِهِ : شَرَعَ فِي
بَيِّنَةِ الْقَتْلِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالْجَمَادِ الَّذِي لَا اخْتِيَارَ لَهُ أَصْلًا ، وَهُوَ الْحَائِطُ الْمَائِلُ ،
وَذَكَرَ مَسَائِلَهُ بِتَرْجُمَةِ الْفَصْلِ فِي أَوَّلِهَا ، لَا يَلْفِظُ الْبَابَ ، إِشَارَةً إِلَى أَنَّ مَا فِي هَذَا
الْفَصْلِ نَوْعٌ مِمَّا يُخَدِّثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ ، وَقَدَّمَ هَذَا الْفَصْلَ عَلَى الْبَابِ الَّذِي يَلِيهِ ،
وَأَنَّ كَانَ ذَلِكَ الْبَابُ يَتَعَلَّقُ بِمَا لَهُ اخْتِيَارٌ ، وَهُوَ الْحَيَوَانُ ؛ تَنَاسُبًا بَيْنَ الْحَائِطِ ، وَبَيْنَ
الْكَيْفِيَّةِ ، وَالْجَرْصِيِّ وَنَحْوِهَا .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِذَا مَالَ الْحَائِطُ إِلَى طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ ، وَطُوبِ صَاحِبُهُ بِتَقْضِهِ ،
وَأُشْهِدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مَدَّةٍ يَنْقُذُ عَلَى نَفْسِهِ حَتَّى سَقَطَ ، ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهِ مِنْ
نَفْسٍ أَوْ مَالٍ) ، أَي : قَالَ الْقُدُّورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(١) .

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَزْجِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «وَإِذَا مَالَ حَائِطٌ مِنْ دَارٍ
رَجُلٍ عَلَى طَرِيقٍ نَافِذٍ ، أَوْ دَارٍ رَجُلٍ ، فَلَمْ يُطَالَبْ بِتَقْضِهِ ، وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهِ فِيهِ حَتَّى
سَقَطَ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلَهُ ، أَوْ عَلَى مَتَاعٍ فَأَفْسَدَهُ ، أَوْ عَلَى حَيَوَانٍ فَعَطِبَ بِهِ ؛ فَلَا ضَمَانَ
عَلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ .

(١) بَطْنُ : «مَخْتَصَرُ الْقُدُّورِيِّ» [ص/١٩٠] .

وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَضْمَنَ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ مِنْهُ مُبَاشَرَةً، وَالْمُبَاشَرَةُ شَرْطٌ هُوَ مُتَعَدٍّ
وَيْهِ، لِأَنَّ أَصْلَ الْبِنَاءِ كَانَ فِي مِلْكِهِ، وَالْمِيلَانُ وَشَعْلُ الْهَوَاءِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ لِمَصَارِ
كَمَا قَبْلَ الْإِشْهَادِ.

بَابُ الْإِشْهَادِ

وَأِنْ تَقَدَّمَ إِلَيْهِ فِي هَذِهِ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ، ثُمَّ سَقَطَ فِي مُدَّةٍ قَدْ أَمَكَّهُ نَقْضُهُ فِيهَا
بَعْدَ الْإِشْهَادِ، فَهُوَ ضَامِنٌ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُقَرِّطْ فِي نَقْضِهِ [١٢٥/٨]، وَذَهَبَتْ يَطْلُبُ
مَنْ يَهْدِيهِ، فَكَانَ فِي طَلَبِ ذَلِكَ حَتَّى اسْتَأْجَرَ مَنْ يَهْدِيهِ، فَسَقَطَ الْحَانِطُ، فَفُتِلَ
إِنْسَانًا، أَوْ عَقَرَ دَابَّةً، أَوْ أَفْسَدَ مَتَاعًا، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ.

قَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَالْإِشْهَادُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ: أَشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَقَدَّمْتُ إِلَى هَذَا
الرَّجُلِ فِي هَذِهِ حَانِطُهُ هَذَا، فَإِذَا فَعَلَ، فَقَدْ لَزِمَهُ نَقْضُهُ عَلَى حَالِ الْإِمْكَانِ، فَإِنْ أَسْرَ
ذَلِكَ وَقَرَّطَ عَمَّا وَصَفْتُ لَكَ، ضَمِنَ مَا جَنَى عَلَيْهِ الْحَانِطُ، فَإِنْ كَانَتْ جُنَايَتُهُ عَلَى
إِنْسَانٍ، فَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ إِذَا كَانَتْ نَفْسًا، أَوْ دَوْنَهَا، إِذَا بَلَغَ مِنْ دِيَةِ الرَّجُلِ بِصَفِ
عُشْرِ دِيَّتِهِ، إِذَا كَانَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ رَجُلًا، وَإِنْ كَانَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ امْرَأَةً، فَإِذَا بَلَغَ أَرْشُ
جَسَدِهَا [عُشْرَ دِيَّتِهَا] ^(١)، وَمَا [كَانَ] ^(٢) أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ، فَهُوَ فِي مَالِهِ، وَمَا كَانَ فِي
غَيْرِ بَنِي آدَمَ، فَهُوَ فِي مَالِهِ حَالًا ^(٣)، إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ: أَنَّ مَنْ بَنَى حَانِطًا فِي مِلْكِهِ، فَهُوَ عَلَى وَجْهَيْنِ: إِمَّا أَنْ يَبْنَاهُ مَائِلًا،
أَوْ غَيْرَ مَائِلٍ، فَإِنْ بَنَاهُ مَائِلًا إِلَى الطَّرِيقِ، أَوْ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ، فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا تَلَفَ
بِهِ، وَإِنْ لَمْ يُطَالِبْ بِنَقْضِهِ، لِأَنَّهُ تَعَدَّى بِالْبِنَاءِ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ، أَلَّا تَرَى أَنَّ هَوَاءَ الْبُقْعَةِ
فِي حُكْمِهَا ^(٤).

(١) حاشيتان: زيادة من '١٥٨، و'١٥٩، و'١٦٠، و'١٦١، و'١٦٢.

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من '١٥٨، و'١٥٩، و'١٦٠، و'١٦١، و'١٦٢.

(٣) ينظر: شرح محصر الكرخي للقدوري [٣/٤٤٤/٣] داماد.

(٤) ينظر: «محصر الطحاوي» [ص/٢٥٣]، «تأريخ الوازل» [ص/٣٦٠]، «المبوط» [٩/٢٧]، «

﴿ غايه الصمان ﴾

ولو بسى في ملك غيره ، كان مُتَعَدِّيًا ، كذلك إذا بسى في هواء ملك غيره ، وإذا
 نبت [١٣٠/١٣] أنه مُتَعَدِّ في ذلك ، صمن ما تولد منه ، كحفر البئر في الطريق ، وإن
 ساء في ملكه غير مائل إلى الطريق ، أو إلى ملك غيره ، فلا ضَمَانٌ عليه فيما تَلَفَ
 به قتل التَّقْدُم إليه بِتَقْضِيهِ ، أو الإِشْهَاد عليه .

وقال بعضُ أصحابِ الشافعي رحمته الله : عليه الضَمَانُ ^(١) . كذا في «شرح الأقطع»

(٢)

لنا: أَنَّ حَقَّ الْغَيْرِ حَصَلَ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ ، فَلَا يَضْمَنُهُ قَبْلَ الْمَطَالِبَةِ ،
 أَضْلُهُ : الثَّوْبُ إِذَا أَلْقَتْهُ الرِّيحُ فِي دَارِهِ ، وَلَأَنَّهُا حِنَايَةٌ يَسْتَبِى ، فَاخْتَلَفَ فِيهَا التَّعَدِّي
 وَغَيْرُ التَّعَدِّي ، أَضْلُهُ : حَفَرُ الْبُيْرِ .

فإن قيل : ما وَجَبَ ضَمَانُهُ إِذَا تَقَدَّمَ عَلَيْهِ بِإِزَالَتِهِ وَجَبَ ، وَإِنْ لَمْ يَتَقَدَّمْ إِلَيْهِ ،
 كَمَا لَوْ بَنَى الْحَائِطَ مَائِلًا ؟

قِيلَ [له] ^(٣) : هُنَاكَ حَصَلَ حَقُّ الْغَيْرِ فِي يَدِهِ بِفِعْلِهِ ، فَضَمِنَهُ مِنْ غَيْرِ مُطَالِبَةٍ ،
 وَفِي مَسْأَلَتِنَا حَصَلَ فِي يَدِهِ بِغَيْرِ فِعْلِهِ ، فَاخْتَلَفَ الضَّمَانُ بِالْمَطَالِبَةِ وَعَدَمِهَا .

وَأَمَّا إِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ بِتَقْضِيهِ ، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ مَعَ الْإِمْكَانِ حَتَّى تَلَفَ
 بِسُقُوطِهِ شَيْءٌ ، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ .

= «نخبة الفقهاء» [١٢٧/٣ ، ١٢٨] ، «بدائع الصنائع» [٣٤٨/٦ ، ٣٤٩] ، «فتاوى قاضي خان»
 [٤٦٣/٣] ، «تبيين الحقائق» [١٤٧/٦] ، «الجمهرة السيرة» [١٧٩/٢] ، «الفتاوى الهندية»
 [٤٤ ، ٤٣/٦] .

(١) ينظر : «الحاوي الكبير» للماوردي [٢٧٩/١٢] ، و«المهذب» للشيرازي [٢٠٧/٣] .

(٢) ينظر : «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٧١/ق٢] .

(٣) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «أ» ، «ع» ، «و» ، «م» ، «و» .

عامة الناس

وقال أصحاب الشافعي رحمهم الله: لَا ضَمَانُ عَلَيْهِ ^(١). كذا في «شرح الأقطع» رحمهم الله.
وقال في «شرح الكافي»: «والقياس: أَلَّا يَجِبَ عَلَيْهِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ شَرْطَ السُّقُوطِ،
وَهُوَ الْمَبْلَانِ وَالْوَهْيُ، لَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ، وَلَكِنَّا نَسْتَحْسِنُ وَنُوجِبُ الضَّمَانَ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ
مِنْهُ ٨١ ١٧٥ ١٢ صُنْعٌ مَوْصُوفٌ بِالتَّعْدِي، وَهُوَ تَرْكُ النَّقْضِ مَعَ إِمْكَانِ النَّقْضِ، وَهَذَا
لِأَنَّهُ لَمَّا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ، شَغَلَ هَوَاءَ الْمُسْلِمِينَ قَوْعٌ فِي يَدِهِ هَوَاءُ
الْمُسْلِمِينَ بِغَيْرِ صُنْعِهِ، إِلَّا إِنَّهُمْ لَمَّا طَلَبُوهُ بِالنَّقْضِ وَتَفْرِيعِ الْهَوَاءِ عَنْ هَذَا الشَّعْلِ؛
لَرَمَهُ ذَلِكَ، كَحَمَلٍ وَقَعَ فِي يَدِهِ ثَوْبٌ إِنْسَانٍ، لَا يَكُونُ مُتَعَدِّيًا فِي إِمْسَاكِ الثَّوْبِ.

وَلَكِنْ لَوْ طُولِبَ بِالرَّدِّ، فَلَمْ يَرُدَّ؛ صَارَ مُتَعَدِّيًا فِي إِمْسَاكِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، كَذَلِكَ
هَاهُنَا، فَصَارَ الْامْتِنَاعُ عَنِ التَّفْرِيعِ بِمَنْزِلَةِ شَغْلِ مَبْتَدَأٍ بِاخْتِيَارِهِ، وَهُوَ مُتَعَدِّ فِي ذَلِكَ،
وَهُوَ شَرْطُ التَّلَفِّ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ إِشْرَاعِ شَيْءٍ إِلَى الطَّرِيقِ بِاخْتِيَارِهِ بِشَغْلِ هَوَاءِ
الْمُسْلِمِينَ، وَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُبَاشِرٍ فِيمَا أَصَابَ الْحَائِطَ».

فَإِنْ قِيلَ: مَا لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلضَّمَانِ إِذَا لَمْ يَتَقَدَّمْ إِلَيْهِ بِإِزَالَتِهِ؛ وَحَبَّ أَلَّا يَكُونَ
سَبَبًا لِلضَّمَانِ إِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ، أَضْلُهُ: إِذَا حَفَرَ بِنَرًا فِي مِلْكِهِ، وَإِذَا أَشْعَلَ النَّارَ فِي
مِلْكِهِ، فَطَارَ الْجَمْرُ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ.

قِيلَ [لَهُ] ^(٢): إِذَا حَفَرَ فِي مِلْكٍ نَفْسِهِ؛ لَمْ يَخْصُلْ حَقُّ الْغَيْرِ فِي يَدِهِ، فَالْمُطَالَةُ
لَا تَأْتِي لَهَا، وَفِي مَسْأَلَتِنَا حَقُّ الْغَيْرِ حَصَلَ فِي يَدِهِ؛ فَالْمُطَالَةُ بِإِزَالَةِ الْيَدِ مُؤَثَّرَةٌ فَاخْتَفَتْ،
وَأَمَّا إِذَا أَطَارَتِ الرِّيحُ بِالْجَمْرِ إِلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ، فَطَالَبَهُ بِأَخْذِ الْجَمْرِ وَنَقْلِهِ، فَلَمْ يَنْقُلْ
مَعَ الْإِمْكَانِ؛ صَحِيحٌ مَا تَلَفَ بِهِ، فَهُوَ مِثْلُ مَسْأَلَتِنَا ^(٣). كذا في «شرح الأقطع».

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٢٧٩/١٢]، و«المهذب» للشيرازي [٢٠٧/٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٧١/ق٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «د»، و«ع»، و«فا»، و«م»، و«ر».

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٧١/ق٢].

وَجَهَ الْإِسْتِحْسَانُ أَنَّ الْحَائِطَ لَمَّا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَقَدْ اشْتَمَلَ هَوَاءَ طَرِيقِ
 الْمُسْلِمِينَ بِمَلِكِهِ وَرَفَعَهُ فِي يَدِهِ ، فَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ وَطُولِبَ بِتَفْرِيعِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ فَإِذَا
 امْتَنَعَ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ وَقَعَ ثَوْبٌ لِنَاسٍ فِي حِجْرِهِ يَصِيرُ مُتَعَدِّيًا بِالْإِمْتِنَاعِ
 عَنِ التَّسْلِيمِ إِذَا طُولِبَ بِهِ كَذَا هَذَا ، بِحِلَافٍ مَا قَبْلَ الْإِشْهَادِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ هَلَاكِ
 الثَّوْبِ قَبْلَ الطَّلَبِ ، وَلِأَنَّا لَوْ لَمْ نُوجِبْ عَلَيْهِ الضَّمَانَ يَمْتَنِعُ عَنِ التَّفْرِيعِ فَيَنْقَطِعُ
 الْمَارَّةُ حَذَرًا عَلَى أَنْفُسِهِمْ فَيَتَصَرَّرُونَ بِهِ ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِّ مِنَ الْوَاجِبِ وَلَهُ
 تَعَلُّقٌ بِالْحَائِطِ فَيَتَعَيَّنُ لِدَفْعِ هَذَا الضَّرَرِ ، وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ
 الْعَامِّ مِنْهُ ، ثُمَّ فِيمَا تَلَفَ بِهِ مِنَ النَّفْسِ تَجِبُ الدِّيَّةُ وَيَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ ، لِأَنَّهُ فِي
 كَوْنِهِ جُنَايَةً دُونَ الْخَطَا فَيَسْتَحِقُّ فِيهِ التَّخْفِيفَ بِالطَّرِيقِ الْأُولَى كَيْ لَا يُؤْدِيَ إِلَى
 اسْتِثْصَالِهِ وَالْإِجْحَافِ بِهِ ، وَمَا تَلَفَ بِهِ مِنَ الْأَمْوَالِ كَالدَّوَابِّ وَالْعُرُوضِ يَجِبُ
 ضَمَانُهَا فِي مَالِهِ ، لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْمَالَ وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ ، وَطَلَبُ
 النَّقْضِ مِنْهُ دُونَ الْإِشْهَادِ ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْإِشْهَادَ لِتَيَسُّرِهِ مِنْ إِثْبَاتِهِ عِنْدَ انْكَارِهِ فَكَانَ
 مِنْ بَابِ الْإِحْتِيَاظِ .

⚬ غايه البيان ⚬

قوله: (فَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَيْهِ) ، على صيغة المثنى للمفعول من ماضي التقدم.

قوله: (وَكَمْ مِنْ ضَرَرٍ خَاصٍّ يُتَحَمَّلُ لِدَفْعِ الْعَامِّ مِنْهُ) ، أي: من الضرر كما
 في الرمي إلى الكفار ، وإن تترسوا بأسارى المسلمين ، وكقطع العضو للأكلة عند
 خوف هلاك النفس .

[٢/١٣٠ ط] قوله: (وَيَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ) ، أي: يتحملون الدية ، وإنما تحملت
 العاقلة جناية الخطأ ، لأنها دون الخطأ ، فكانت أولى بالتحمل ، بحلاف ما كان في
 غير بني آدم ، فهو في ماله ، ولأن ضمان الأموال لا يتحملة العاقلة .
 قوله: (وَالشَّرْطُ التَّقَدُّمُ إِلَيْهِ ، وَطَلَبُ النَّقْضِ مِنْهُ دُونَ الْإِشْهَادِ) .

وَصُورَةُ الْإِشْهَادِ [٥/٢١١] أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ: اشْهَدُوا أَنِّي قَدْ تَقَدَّمْتُ إِلَى هَذَا الرَّجُلِ فِي هَذَا حَانِطٍ هَذَا، وَلَا يَصِحُّ الْإِشْهَادُ قَبْلَ أَنْ يَهَيَّيَ الْحَانِطُ لِانْعِدَامِ التَّعَدِّي.

قَالَ: (وَلَوْ بَنَى الْحَانِطُ مَائِلًا فِي الْإِبْتِدَاءِ قَالُوا: يَتَضَمَّنُ مَا تَلَفَ بِسُقُوطِهِ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ) لِأَنَّ الْبِنَاءَ تَعَدُّ ابْتِدَاءً كَمَا فِي إِسْرَافِ الْجَنَاحِ.

مادة البند

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي شَرْحِهِ لـ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ»: «وَالْمَعْتَرُ عَدْنَا»^(١) الْمَطَالِبَةُ بِالْهَدْمِ، وَإِنَّمَا يَخْتِاجُ إِلَى الْإِشْهَادِ لِتَثْبُتِ الْمَطَالِبَةُ، وَهَذَا كَمَا نَقُولُ فِي الشُّفْعَةِ: إِنَّ الْمُعْتَبَرَ الْمَطَالِبَةُ، وَإِنَّمَا يُشْهَدُ لِتَثْبُتِ الْمَطَالِبَةُ بِالشَّهَادَةِ، فَلَوْ [٥/٢١٧/٨] اعْتَرَفَ صَاحِبُ الْحَانِطِ أَنَّهُ طُولِبٌ، وَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ، وَلَوْ لَمْ يَعْتَرَفْ بَعْدَ الْمَطَالِبَةِ، لَزِمَهُ مَا جَنَى الْحَانِطُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى^(٢). وَفَدَّ ذَكَرْنَا صُورَةَ الْإِشْهَادِ قَبْلَ هَذَا عَنْ «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» رحمه الله.

قَالَ فِي «شَرْحِ الْأَقْطَعِ»: «قَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: إِنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَضْمَنُ حَتَّى يُشْهَدَ الشُّهُودُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ: عَلَى التَّقَدُّمِ إِلَيْهِ فِي النِّقْضِ، وَعَلَى أَنَّهُ مَاتَ مِنْ سُقُوطِهِ عَلَيْهِ، وَعَلَى أَنَّ الدَّارَ لَهُ؛ لِأَنَّ كَوْنَ الدَّارِ فِي يَدِهِ ظَاهِرٌ فِي الْمَلِكِ، وَالظَّاهِرُ لَا يُسْتَحَقُّ بِهِ حَقٌّ عَلَى الْغَيْرِ، وَسُقُوطُهُ عَلَيْهِ بَعْدَ التَّقَدُّمِ إِلَيْهِ يَنْقُضِي سَبَبَ الضَّمَانِ، فَلَا بُدَّ مِنْ ثُبُوتِهِ»^(٣).

وَقَالَ فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ»: «فَإِذَا أُنْكَرَتِ الْعَاقِلَةُ وَاحِدًا مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ حَتَّى يُشْهَدَ الشُّهُودُ بِذَلِكَ، وَلَوْ أَقَرَّ صَاحِبُ الدَّارِ بِهَذِهِ الثَّلَاثَةِ؛

(١) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ «عَدْنَا». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: (١)، وَ(٢)، وَ(٣)، وَ(٤)، وَ(٥).

(٢) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» لِلْقُدُورِيِّ [ق/٣٤٤/٣] دَامَادَ.

(٣) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» لِلْأَقْطَعِ [ق/١٧٢/٢].

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَى التَّقَدُّمِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ عَلَى الْقَتْلِ ، وَشَرَطُ التَّرْكِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ فِيهَا لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ إِمْكَانِ النَّقْضِ لِيَصِيرَ بِتَرْكِه حَايَا .

وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ ، لِأَنَّ النَّاسَ كُلَّهُمْ شُرَكَاءُ فِي

﴿عَلَيْهِ السَّلَامُ﴾

لِزِمَةِ فِي مَالِهِ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ^(١) .

قوله: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَى التَّقَدُّمِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ عَلَى الْقَتْلِ) ، يَعْنِي: لَوْ كَانَتْ شَهَادَةٌ عَلَى نَفْسِ الْقَتْلِ ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ السَّاءِ لِشُبْهَةِ الْبَدَلَةِ ، لَكِنَّهَا لَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ عَلَيْهِ ، بَلْ هِيَ شَهَادَةٌ عَلَى مَيْلَانِ الْحَائِطِ ، فَتُقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ .

قوله: (وَشَرَطُ تَرْكِ النَّقْضِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى [نَقْضِهِ فِيهَا] ^(٢)) ، أَي: شَرَطُ اقْتِدَارِيٍّ ﷺ تَرْكِ النَّقْضِ لِرُجُوبِ الضَّمَانِ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: «وَأَشْهَدُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَنْقُضْهُ فِي مُدَّةٍ يَقْدِرُ عَلَى نَقْضِهِ» ^(٣) ، وَذَلِكَ [لِأَنَّهُ] ^(٤) رُبَّمَا لَا يَتِمَّكَزُ مِنَ النَّقْضِ ، مِمَّا لِيَجْهَلَهُ بِدَلِّكَ ، أَوْ لِعَدَمِ الْآلَةِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ زَمَانٍ يَقْدِرُ فِيهِ عَلَى النَّقْضِ حَتَّى يَكُونَ بِتَرْكِه بَعْدَ ذَلِكَ مُتَعَدِّيًا .

قوله: (وَيَسْتَوِي أَنْ يُطَالِبَهُ بِنَقْضِهِ مُسْلِمٌ أَوْ ذِمِّيٌّ) ، وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ ﷺ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٥) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الطَّرِيقَ حَقٌّ لِجَمِيعِ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَكُلُّ مَنْ لَهُ الْمُرُورُ فِي الطَّرِيقِ فَلَهُ الْمُطَالَمَةُ بِنَقْضِهِ ، وَأَهْلُ الذِّمَّةِ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَإِذَا

(١) ينظر: «شرح مختصر لطحاوي» للأسيديجي (ق/ ٣٨٠)

(٢) وقع في الأصل: «انقصها فيه» . والمثبت من: «ن» ، و«فا» ، و«ع» ، و«م» ، و«ر» .

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن» ، و«ع» ، و«فا» ، و«م» ، و«ر» .

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فا» ، و«م» .

(٥) «مختصر القدوري» [ص ١٩٠] .

الْمُرُورُ فَيَصْحُ التَّعْدُّمُ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً حُرًّا كَانَ أَوْ
مُكَانًا، وَيَصْحُ التَّقْدُّمُ إِلَيْهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ، لِأَنَّهُ مُطَالِبَةٌ بِالتَّفَرُّغِ فَيَتَمَرَّدُ كُلُّ
صَاحِبِ حَقٍّ بِهِ.

غاية البيان

مُطَالِبُ الدَّمِيِّ بِذَلِكَ فَقَدْ طَالِبَ بِمَا لَهُ فِيهِ حَقٌّ، فَصَحَّتْ مُطَالِبَتُهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ طَالِبَتْ
بِهِ امْرَأَةٌ، أَوْ صَبِيٌّ، أَوْ غَرِيبٌ مِنْ بَلَدٍ آخَرَ، لِأَنَّ جَمِيعَ هَؤُلَاءِ لَهُمُ الْمُرُورُ فِي
الطَّرِيقِ، فَصَحَّتْ مُطَالِبَتُهُمْ لِثَبُوتِ حَقِّهِمْ^(١)، كَذَا فِي «شرح الأقطع».

وَقَالَ فِي «شرح الطحاوي» رحمه الله تعالى: «إِذَا مَالَ الْحَائِطُ إِلَى الطَّرِيقِ الْعَامِّ،
فَإِنَّ الْخُصُومَةَ فِيهِ إِلَى وَاحِدٍ مِنَ النَّاسِ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا، بَعْدَ أَنْ يَكُونَ حُرًّا بِالْعَمَلِ
عَاقِلًا، أَوْ كَانَ صَغِيرًا أَذِنَ [١٧٦/٨ ط/م] لَهُ وَلِيُّهُ فِي الْخُصُومَةِ، أَوْ كَانَ عَبْدًا أَذِنَ لَهُ
مَوْلَاهُ فِي الْخُصُومَةِ، وَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ، بِأَنْ حَائِطُكَ [١٣١/٣ ط/م] مَالٌ
فَارْقَعَهُ، كَفَّاهُ ذَلِكَ، وَلَوْ مَالُ الْحَائِطِ إِلَى سِكَّةٍ غَيْرِ نَافِذَةٍ، فَالْخُصُومَةُ لَوَاحِدٍ مِنْ
أَهْلِ السِّكَّةِ، وَلَوْ مَالٌ إِلَى دَارٍ جَارِيَةٍ، فَالْخُصُومَةُ إِلَى صَاحِبِ تِلْكَ الدَّارِ إِنْ كَانَ
[هُوَ]^(٢) فِيهَا، وَإِنْ كَانَ مُسْتَأْجَرًا، أَوْ مُسْتَعِيرًا، فَالْإِشْهَادُ إِلَى السَّاكِنِ لَا إِلَى
غَيْرِهِ»^(٣)، كَذَا فِي «شرح الطحاوي» رحمه الله.

قَوْلُهُ: (وَيَصْحُ التَّقْدُّمُ إِلَيْهِ عِنْدَ السُّلْطَانِ وَغَيْرِهِ).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمه الله فِي «الكافي»: «لَوْ شَهِدَ عَلَيْهِ فِي حَائِطِهِ شَاهِدَانِ، أَوْ
رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ عِنْدَ السُّلْطَانِ، أَوْ عِنْدَ غَيْرِ السُّلْطَانِ، فَلَمْ يَأْخُذْ فِي نَقْضِهِ عِنْدَ ذَلِكَ،
فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَ»^(٤).

(١) يَنْظُرُ: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٧١/ق٢].

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُومَتَيْنِ: رِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«غ»، وَ«قَا»، وَ«م»، وَ«ر».

(٣) يَنْظُرُ: «شرح مختصر الطحاوي» لِلْأَشْيَبِيِّ [١٨١/ق].

(٤) يَنْظُرُ: «الكافي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [٥٢٣/ق].

قَالَ: فَإِنْ مَالَ إِلَى دَارِ رَجُلٍ، فَالْمُطَالَبَةُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ حَاصَّةٌ، لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ عَلَى الْخُصُوصِ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا سُكَّانٌ لَهُمْ أَنْ يُطَالَبُوا لِأَنَّ لَهُمُ الْمُطَالَبَةَ بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ الدَّارَ فَكَذَا بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ هَوَاءَهَا، وَلَوْ أَحْتَبَ صَاحِبُ الدَّارِ أَوْ أَبْرَأَ مِنْهَا أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ مَا كُنُوا بِهَا فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ فِيمَا تَلَفَ بِالْحَائِطِ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَأَجَلُهُ لِقَاضِي أَوْ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ حَيْثُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ الْحَقَّ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ وَلَيْسَ إِلَيْهِمَا إِنْطَلَقَ حَقُّهُمْ.

﴿غاية البيان﴾

قَوْنُهُ: (قَالَ: وَإِنْ مَالَ إِلَى دَارِ رَجُلٍ، فَالْمُطَالَبَةُ إِلَى مَالِكِ الدَّارِ خَاصَّةً)، أَيْ: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ حَقٌّ يَخْتَصُّ بِهِ مَالِكُ الدَّارِ، فَكَانَتِ الْمُطَالَبَةُ إِلَيْهِ خَاصَّةً، وَإِنْ كَانَ فِيهَا سُكَّانٌ، فَالْمُطَالَبَةُ إِلَيْهِمْ، وَذَلِكَ كَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْمُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّ لَهُمْ حَقَّ الْمُطَالَبَةِ بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ الدَّارَ، فَكَذَا لَهُمُ الْمُطَالَبَةُ بِإِزَالَةِ مَا شَغَلَ^(٢) هَوَاءَهَا.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته الله: «وَإِذَا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ فَأَشْهَدَ رَجُلٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ اسْتَأْجَرَ الَّذِي أَشْهَدَ عَلَيْهِ أَنْ يُؤَحِّرَهُ»^(٣)، أَوْ اسْتَأْجَلَ الْحَاكِمَ فَأَجَلَهُ، فَالْتَّاحِلُ بَاطِلٌ لَا يَتَرَأُّ مِنْ شَيْءٍ، وَهُوَ عَلَى حَالِهِ الْأُولَى، وَإِنْ كَانَ الْمَيْلَانُ إِلَى دَارِ رَجُلٍ، فَأَجَلُهُ صَاحِبُ الدَّارِ، أَوْ أَبْرَأَ مِنْهُ، أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ سَاكِنُ الدَّارِ، فَذَلِكَ جَائِزٌ، وَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ فِيمَا جَنَى الْحَائِطُ»^(٤). إِنْ هُنَا لَمْ يَطُ الْكَرْخِيُّ رحمته الله.

وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا: أَنَّ الْحَائِطَ إِذَا مَالَ إِلَى الطَّرِيقِ، فَالْحَقُّ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، فَإِذَا طَالَبَ أَحَدُهُمْ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِالْحَائِطِ لِحَقِّ الْجَمَاعَةِ، فَإِذَا أَجَلَهُ أَحَدُهُمْ أَوْ أَجَلَهُ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٩٠].

(٢) ما بين المعقوتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«فا»، و«م»، و«ر».

(٣) وقع في الأصل «يؤاجر»، والمثبت من: «ن»، و«فا»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقلوري [ق/٣٤٤].

وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ بَعْدَمَا أُشْهِدَ عَلَيْهِ، وَقَبَضَهَا الْمُشْتَرِي؛ بَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهِ؛
لِأَنَّ الْجَنَايَةَ يَتْرَكُ الْهَذْمَ مَعَ تَمَكُّنِهِ وَقَدْ زَالَ تَمَكُّنُهُ بِالتَّبَيُّعِ، بِخِلَافِ إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ

﴿عُذْرَةُ الْبَيْتِ﴾

الْحَاكِمُ؛ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ وَحَقَّ غَيْرِهِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

وَأَمَّا صَاحِبُ الدَّارِ: فَالْحَقُّ لَهُ، وَكَذَلِكَ السَّائِكُنُ، فَإِذَا أَجَلَ، أَوْ أَبْرَأَ، فَقَدْ
أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ، فَلِذَلِكَ جَازَ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله أَيْضًا: «وَكَذَلِكَ لَوْ أَنَّ رَجُلًا وَضَعَ فِي دَارٍ رَجُلًا حَجَرًا،
أَوْ حَفَرَ فِيهَا يَنْزًا، أَوْ بَنَى فِيهَا بِنَاءً، وَأَبْرَأَهُ صَاحِبُ الدَّارِ مِنْهُ؛ [كَانَ بَرِيئًا] ^(١)، وَلَا
يَلْزَمُهُ مَا عَطِبَ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، كَانَ صَاحِبُ الدَّارِ، أَوْ دَاخِلُ عَلَيْهِ، وَكَانَ ^(٢)
صَاحِبُ الدَّارِ فَعَلَ ذَلِكَ، وَهَذَا لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ لِحَقِّ صَاحِبِ [١٧٧/٨] ^(٣)
الدَّارِ، فَإِذَا أَبْرَأَهُ؛ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ، فَصَارَ كَأَنَّ هَذَا الْفِعْلَ وَقَعَ بِإِذْنِهِ اهْتِدَاءً» ^(٤).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ بَعْدَمَا أُشْهِدَ عَلَيْهِ، وَقَبَضَهَا الْمُشْتَرِي؛ بَرِيءٌ مِنْ ضَمَانِهِ)،
ذَكَرَهَا تَفْرِيعًا، وَلَا يَتَفَاوَتْ الْحُكْمُ إِذَا سَقَطَ الْحَائِطُ بَعْدَمَا قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي، أَوْ بَعْدَمَا
مَلَكَهُ، وَبِهِ صَرَّحَ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا بَاعَ؛ فَقَدْ صَارَ بِحَالٍ لَا
يَمْلِكُ فِيهَا النِّقْصَ، وَالضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ بِتَرْكِ النِّقْصِ، فَإِذَا لَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنْهُ؛
لَمْ يَضْمَنْ، وَلَيْسَ هَذَا كَمَنْ أَشْرَعَ جَنَاحًا إِلَى الطَّرِيقِ، ثُمَّ بَاعَ الدَّارَ، وَبَاعَ الْجَنَاحَ،
فَوَقَعَ عَلَى إِنْسَانٍ؛ ضَمِنَ الْبَائِعُ؛ لِأَنَّ نَفْسَ الْوَضْعِ جِنَايَةٌ، فَزَوَالُ مِلْكِهِ عَنْهُ لَا يُغَيِّرُ
حَالَهُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فِي مَسَائِلِنَا؛ لِأَنَّ بِنَاءَ الْحَائِطِ لَمْ يَكُنْ جِنَايَةً، وَإِنَّمَا الْجِنَايَةُ تَرْكُ
النِّقْصِ، وَإِذَا صَارَ بِحَيْثُ لَا يَمْلِكُ النِّقْصَ فِي حَالِ الْوُقُوعِ؛ خَرَجَ فِعْلُهُ مِنْ أَنْ
يَكُونَ جِنَايَةً.

(١) وقع في الأصل: «بري»، والمثبت من: «ن»، و«٢٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «وإن كان»، والمثبت من: «ن»، و«٢٢»، و«غ»، و«م»، و«ر».

(٣) بَطَر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٣٤٤/ف].

لأنّه كان حايياً بالتّوضيع ولم يتفسيخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا.

ولا ضمان على المشتري ؛ لأنه لم يشهد عليه ، ولو أشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركيه التفريغ مع تمكّنه بعد ما طوّل به ، والأصل أنّه يصحّ التّقدّم إلى كلّ من يمتكّر من نقض الحائض وتفريغ الهواء ، ومن لا يمتكّن منه لا يصحّ التّقدّم إليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ، ويصحّ التّقدّم إلى الرّاهن لقدرته على ذلك بواسطة المالك وإلى الوصي [٢٦٢/١]

غاية البيان

قال الكرخي رحمه الله في «مختصره» : «وكذلك كلّ من أشهد عليه ممن لا يجوز نقضه ؛ فإنّه لا يضمن ، وإن كانت الدار في يده مثل المرتهن يشهد عليه ، أو المستأجر أو المستعير [٢٣١، ٢/٤] أو المودع ، وذلك لأنهم لا يملكون انتقض ، فلا يصحّ مطالبتهم به» .

قال : «فإنّ أشهد على المالك صحّ ذلك ، ويصحّ على الرّاهن ؛ لأنّه يقدر على قضاء الدين ، وهذا الحائض ، فصار مفرطاً بالترك» .

وقال الكرخي رحمه الله أيضاً : «وإذا أشهد على اوصي ، أو الأب في هدم حائط لصغير في حجرهما ؛ لزمه النّقص ، فإن لم ينقض حتى سقط فما لجق من جناية فهي لارمة للوصي ، فما كان ممّا يلزم في مال البالغ ؛ فهو في مال الصغير ، وما كان على اعاقله ؛ فهو على العاقل» (١) . إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله . وذلك لأنّ الولي يملك النّقص ، فالإشهاد عليه كالإشهاد على المالك .

قوله : (على ما ذكرنا) ، إشارة إلى ما ذكر في باب ما يحدّثه الرجل في الطريق بقوله . (ولز أشرع جناحاً إلى الطريق ، ثمّ باع الدار ، فأصاب الجناح رجلاً ، فالضمان على النّائع) .

(١) ينظر : لشرح مختصر الكرخي للحدودي [٣٤٤/ق] .

وإِلَى أَبِي النَّتِيمِ أَوْ أُمِّهِ فِي حَائِطِ الصَّبِيِّ لِقِيَامِ الْوَلَايَةِ ، وَذَكَرَ الْأُمُّ فِي : « الزِّيَادَاتِ »
وَالضَّمَانُ فِي مَالِ النَّتِيمِ لِأَنَّهُ يَعْلَمُ هَؤُلَاءِ كَيْفَ عَلَيْهِ ، وَإِلَى الْمُكَاتِبِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ لَهُ ،

عَايَةُ النَّبِيِّ

قَوْلُهُ : (وَإِلَى أَبِي النَّتِيمِ) ، أَي : إِلَى أَبِي الصَّبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَمِ بِمَعْنَى جُودِ الْأَبِ .
قَوْلُهُ : (وَذَكَرَ الْأُمُّ فِي « الزِّيَادَاتِ ») ، يَعْنِي : إِذَا تَقَدَّمَ إِلَى أُمِّ الصَّبِيِّ فِي حَائِطِ
مَائِلٍ لِصَغِيرٍ ؛ لَزِمَ الضَّمَانُ ، وَفِيهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْكُرْ فِي « الزِّيَادَاتِ » الْأُمُّ ، بَلْ ذَكَرَ
الْأَبَ وَالْوَصِيَّ كَمَا فِي « الْأَصْلِ » .

وَقَالَ فِي « الزِّيَادَاتِ » : « حَائِطُ لِصَبِيٍّ شَهِدَ عَلَى أَبِيهِ ، أَوْ عَلَى وَصِيِّهِ ، فَالضَّمَانُ
عَلَى عَاقِلَةِ الْوَصِيِّ ، فَإِنْ لَمْ يَسْقُطْ حَتَّى كَبَرَ [١٧٧/٨ ط م] ، أَوْ مَاتَ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ ،
لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَمَانٌ حَتَّى يُسْتَأْنَفَ الْإِشْهَادُ ، وَإِنْ أَشْهَدَ عَلَى صَحِيحٍ فِي حَائِطٍ ، ثُمَّ
جُنَّ ، أَوْ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ، بَطَلَ الْإِشْهَادُ » . إِلَى هَذَا لَفْظُ « زِيَادَاتِ مُحَمَّدٍ »
بِرَوَايَةِ الرَّعْفَرَانِيِّ عَنْهُ .

قَوْلُهُ : (وَإِلَى الْمُكَاتِبِ) ، أَي : يَصُحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى الْمُكَاتِبِ فِي حَائِطٍ لَهُ مَائِلٌ .
بَيَانُهُ : فِيمَا قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ (رَحِمَهُ اللَّهُ) فِي « شَرْحِ الزِّيَادَاتِ » : « مُكَاتِبٌ لَهُ حَائِطٌ
مَائِلٌ إِلَى الطَّرِيقِ الْأَعْظَمِ ، فَأَشْهَدَ عَلَيْهِ ، ثُمَّ سَقَطَ فَأَتْلَفَ إِنْسَانًا ، فَعَلَى الْمُكَاتِبِ
الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ دِيَةِ الْمَقْتُولِ ، فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتِبُ عَتَقَ ، ثُمَّ سَقَطَ فَأَتْلَفَ إِنْسَانًا ،
فَفِيهِ دِيَةُ الْقَتِيلِ عَلَى عَاقِلَةِ مَوْلَاهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَخْرَجَ جَنَاحًا ، أَوْ كَيْفَا ، ثُمَّ عَتَقَ ،
ثُمَّ وَقَعَ وَقَتْلٌ ^(١) إِنْسَانًا ؛ كَانَ عَلَيْهِ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الدِّيَةِ .

وَالْفَرْقُ مَا قُلْنَا : إِنَّ حَيَاةَ الْحَائِطِ كَالْمُبْدَأِ فِي كُلِّ وَقْتٍ ، فَكَأَنَّهُ قَتَلَ بَعْدَ
الْحُرِّيَةِ قَتِيلًا ابْتِدَاءً ، فَأَمَّا إِخْرَاجُ الْجَنَاحِ وَالْكَتِيفِ : فَجَنَايَةٌ وَاقِعَةٌ ، فَلَمْ يُجْعَلْ مُبْدَأً
بَعْدَ الْعِتَقِ ، بَلْ كَانَ مُضَافًا إِلَى حَالِ الرُّقِّ .

(١) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ . « فَأَتْلَفَ » . وَالْمَعْنَى مِنْ « د » ، وَ « فَا » ، وَ « غ » ، وَ « م » ، وَ « ر » .

وَالِى الْعَبْدِ التَّاجِرِ سَوَاءٌ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ لِأَنَّ وَلَايَةَ الْقَضِ لَهُ، ثُمَّ التَّلَفُ بِالسَّقُوطِ إِنْ كَانَ مَ لَا فَهُوَ فِي عُنُقِ الْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَ نَفْسًا فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةٍ أَمُولَى لِأَنَّ الْإِشْهَادَ مِنْ وَجْهِ عَلَى الْمَوْلَى وَضَمَانُ الْمَالِ أَلْيَقُ بِالْعَبْدِ وَضَمَانُ

خاتمة البيان

قَالَ: «وَإِذَا عَجَزَ لِمُكَاتِبٍ، ثُمَّ سَقَطَ الْحَائِطُ الْمَائِلُ، فَأَتْلَفَ إِنْسَانًا؛ فَلَمْ يَهْدَرْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ كَالْمُسْتَأْنَفِ فِي كُلِّ وَقْتٍ؛ كَانَ مِنْ شَرْطِهِ دَوَامُ الْقُدْرَةِ، وَقَدْ بَطَلَ وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمَوْلَى؛ لِعَدَمِ الْإِشْهَادِ عَلَيْهِ.

فَأَمَّا فِي الْجَوَاحِ وَالْكَفِيفِ: فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمَوْلَى أَنْ يَدْفَعَهُ، أَوْ يَقْدِيهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَنَدَ إِلَيْهِ، فَكَأَنَّهُ جَنَى فِي حَالِ رِقَّةٍ، فَصَارَ كَأَنَّهُ حَفَرَ بَشْرًا، ثُمَّ عَجَرَ، ثُمَّ وَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ فَعَطِبَ بِهَا».

قَالَ فِي «الزِّيَادَاتِ»: «حَائِطٌ لِمُكَاتِبٍ أَشْهَدَ عَلَيْهِ فِيهِ، وَلَا إِشْهَادَ عَلَى ذَلِكَ أَنْ يُقَالَ لَهُ: حَائِطُكَ مَائِلٌ، أَوْ مَخُوفٌ فَاهْدِمْهُ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ حَتَّى وَقَعَ فَقُتِلَ إِنْسَانًا؛ فَقَتَلَ الْمُكَاتِبُ قِيَمَتَهُ، وَإِنْ وَقَعَ بَعْدَمَا عَتَقَ فَقُتِلَ إِنْسَانًا؛ فَالْدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُكَاتِبِ، وَإِنْ وَقَعَ بَعْدَمَا عَجَرَ؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِ، وَلَا عَلَى الْمَوْلَى شَيْءٌ». إِلَى هَذَا لَمْ يَطُ مُحَمَّدٌ فِي «الزِّيَادَاتِ» بِرَوَايَةِ الزَّعْفَرَانِيِّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا.

قَوْلُهُ (وَالِى الْعَبْدِ التَّاجِرِ)، أَي: يَصْحُحُ التَّعَدُّمُ إِلَى الْعَبْدِ التَّاجِرِ فِي حَائِطِهِ الْمَائِلِ.

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «الكَافِي»: «وَإِذَا تَقَدَّمَ إِلَى الْعَبْدِ التَّاجِرِ فِي حَائِطِهِ، فَأَصَابَ إِنْسَانًا وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، أَوْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ؛ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةٍ مَوْلَاهُ، وَإِذَا أَصَابَ مَتَاعًا؛ فَفِي عُنُقِ الْعَبْدِ»^(١).

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاء الدِّينِ الْأَسْبَغِي جَابِي رحمته الله فِي «شرح لكَافِي»: وَالْقِيَاسُ

(١) ينظر: «الكَافِي» لِلسَّيِّدِ [ق/٥٢٣].

النَّفْسِ بِالمَوْلَى ، وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى أَحَدِ الوَرَثَةِ فِي نَصِيْبِهِ وَإِنْ كَانَ لَا يَتِمَكَّنُ

﴿ حَاثِيَةُ الدِّيَانِ ﴾

فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى: أَنْ يَكُونَ عَلَى المَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ رُجِدَ عَلَى الْعَبْدِ وَصَحَّ ؛ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ التَّفْرِيعِ ، فَصَارَ كَجَنَائِيهِ بِيَدِهِ ، وَلَوْ [١/١٧٨/٨] كَانَ كَذَلِكَ يَجِبُ عَلَى مَوْلَاهُ أَنْ يَتَّقِيَ ، أَوْ يَدْفَعْ كَذَلِكَ هَذَا ، وَلِهَذَا يَجِبُ ضَمَانُ الْمَتَاعِ فِي عُنُقِهِ [١/١٣٢/٣] ؛ لِأَنَّ الْإِشْهَادَ وَقَعَ عَلَيْهِ ، فَيَكُونُ الْمُوجِبُ عَلَيْهِ كَأَنَّهُ جَنَاهُ بِيَدِهِ .

وَجْهُ الاستِحْسَانِ: وَهُوَ وَجُوبُ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ أَنَّ الْإِشْهَادَ مِنْ وَجْهِ ، كَأَنَّهُ عَلَى المَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْحَائِطَ مَمْلُوكُ المَوْلَى ، وَالْعَبْدُ مُتَصَرِّفٌ لِلْمَوْلَى ، كَأَنَّهُ وَكِيْلُ المَوْلَى ، فَعَلَى هَذَا تَجِبُ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ المَوْلَى ، كَأَنَّ الْجَانِيَّ هُوَ المَوْلَى ، وَمِنْ وَجْهِ الْإِشْهَادِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَالِكٌ مِنْ وَجْهِ تَصَرُّفًا وَتَدَا ، وَلَكِنْ عِنْدَ التَّرَدُّدِ اعْتِبَارُ جَانِبِ المَوْلَى أُولَى فِي الدَّمَاءِ ؛ لِأَنَّ ذِمَّةَ الْعَبْدِ غَيْرُ قَابِلَةٍ لِمُوجِبِ جَنَايَةِ الدَّمِ ؛ لِأَنَّهُ يُشْبِهُ الصَّلَاتِ ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلذَلِكَ ، وَذِمَّةُ المَوْلَى قَابِلَةٌ ، فَكَانَ اعْتِبَارُ الْإِشْهَادِ أُولَى عَلَى المَوْلَى ، وَفِي الْأَمْوَالِ أَمَكَّنَ اعْتِبَارُ الْإِشْهَادِ عَلَى الْعَبْدِ ، كَمَا (١) أَمَكَّنَ اعْتِبَارُ الْإِشْهَادِ عَلَى المَوْلَى ، وَمَالِكِيَّةُ الْعَبْدِ أَظْهَرَ ، فَكَانَ اعْتِبَارُ الْإِشْهَادِ عَلَى الْعَبْدِ أُولَى .

قَوْلُهُ: (وَيَصِحُّ التَّقَدُّمُ إِلَى أَحَدِ الوَرَثَةِ فِي نَصِيْبِهِ) . ذَكَرَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ أَيْضًا .

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِنْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ وَرَثَةٍ ، فَأُشْهِدَ عَلَى بَعْضِهِمْ ، وَلَمْ يُشْهِدْ عَلَى جَمَاعَتِهِمْ ، فَسَقَطَ الْحَائِطُ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الَّذِي أُشْهِدَ عَلَيْهِ فِي الْقِيَاسِ .

قَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله: وَلَكِنَّا نَسْتَحْسِنُ ، فَنُلْزِمُهُ بِقِسْطِ مَا يَمْلِكُ مِنْهُ ، وَكَذَا الْحَائِطُ

(١) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ «كَمَا أَنْ» وَالْمَبْتُ مِنْ «ن» ، وَ«فَا» ، وَ«غ» ، وَ«م» ، وَ«ر»

مِنْ تَقْضِ الْحَاظِ وَخَذَهُ لِتَمَكُّبِهِ مِنْ إِصْلَاحِ نَصِيْبِهِ بِطَرِيقِهِ وَهُوَ الْمُرَافَعَةُ إِلَى الْقَاضِي .

﴿عامة النسيان﴾

يَكُونُ بَيْنَ شُرَكَاءَ^(١) ، وَلَيْسُوا بِوَرَثَةٍ^(٢) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته .

وَأَمَّا لَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ فِي الْقِيَسِ ، لِأَنَّ الَّذِي أُشْهِدَ عَلَيْهِ لَا يَتِمَّكَزُّ مِنَ النِّقْصِ وَخَذَهُ ، فَتَمَّ يَكُنْ مُتَعَدِّيًا بِتَرْكِ النِّقْصِ ، وَغَيْرُهُ لَمْ^(٣) يُشْهِدْ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ أَحَدًا مِنْهُمْ مُفَرِّطًا بِتَرْكِ النِّقْصِ ، فَلَمْ يَجِبِ الضَّمَانُ .

وَفِي الْإِسْتِسْحَانِ . يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الَّذِي أُشْهِدَ عَلَيْهِ خَاصَّةً فِي نَصِيْبِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ بِسَبِيلِ مِنَ التَّفْرِيعِ بِمُبَاشَرَةٍ طَرِيقِهِ ، وَهِيَ الْمُرَافَعَةُ إِلَى الْقَاضِي بِمُطْلَبَةِ شُرَكَائِهِ ، وَحَبِثُ لَمْ تَفْعَلْ ذَلِكَ ، صَارَ مُفَرِّطًا ، فَوَجِبَ لَضَمَانُ بِقِسْطِهِ ، كَمَا أَنَّ رَجُلًا لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا قَفِيزَيْنِ^(٤) مِنْ حِنْطَةٍ إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ ، فَحَمَلَ [عَلَيْهَا]^(٥) ثَلَاثَةَ أَقْفَازَةٍ ؛ صَحِنَ ثُلُثَ قِيَمَتِهَا ، وَهُوَ مِقْدَارُ الزِّيَادَةِ .

قَالَ الطَّحَاوِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «وَأَمَّا أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما : فَكَانَا يَجْعَلَانِ عَلَيْهِ مِنَ الدِّيَةِ نِصْفَهَا»^(٦) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ أَنْصِبَاءَ الْآخَرِينَ كَنَصِيبِ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ نَمَّ يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ ، فَهُوَ مِثْلُ أَنْ يَجْرَحَ رَجُلًا ، وَيَفْقِرُهُ سَعًى ، وَتَهْشُهُ حَيَّةٌ ، فَيَمُوتَ مِنْ جَمِيعِ ذَلِكَ ؛ فَعَلَى الْجَارِحِ النِّصْفُ ؛ لِأَنَّ عَقْرَ السَّبْعِ وَتَهْشُ الْحَبَّةَ لَمَّا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِمَا ضَمَانٌ ؛ صَارَا كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ [١٧٨/٨ ط م] ، فَكَذَلِكَ أَنْصِبَاءُ

(١) فِي الْأَصْلِ . «شُرَكَائِهِ» وَالْمُنْبِتُ مِنْ «ن» ، وَ«فأ» ، وَ«ع» ، وَ«م» ، وَ«ر» .

(٢) بِظُرِّ . «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٣٤٤/ق] .

(٣) رَفَعَ فِي الْأَصْلِ : «وَلَمْ» . وَالْمُنْبِتُ مِنْ «ر» ، وَ«فأ» ، وَ«ع» .

(٤) الْقَفِيزُ ، مِكْيَالٌ كَانَ يُكُونُ بِهِ قَدِيمًا ، وَيَحْتَفُ بِمِقْدَارِهِ فِي بِلَادٍ ، وَيُعَادِلُ بِالتَّقْدِيرِ لِمَضْرُئِي الْحَدِيثِ نَحْوَ مِئَةِ عَشْرِ كَيْلُو حَرَامًا ، وَبِهِ لَأَرْضٌ قَدْرُ مِئَةِ وَأَرْبَعٍ وَأَرْبَعِينَ ذِرَاعًا . وَقَدْ نَقَدِمُ التَّعْرِيفَ بِذَلِكَ .

(٥) مَا بَيْنَ الْمُحْقُوقَتَيْنِ زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، وَ«ع» ، وَ«فأ» ، وَ«م» ، وَ«ر» .

(٦) بِظُرِّ : «مختصر الطحاوي» [٢٥٣/ص] .

وَلَوْ سَقَطَ الْحَائِطُ الْمَائِلُ عَلَى إِنْسَانٍ بَعْدَ الْإِشْهَادِ فَقَتَلَهُ ، فَتَعَثَّرَ بِالْقَتْلِ
غَيْرُهُ فَعَطِبَ ؛ لَا يَضْمَنُهُ لِأَنَّ التَّفْرِيعَ عَنْهُ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ لَا إِلَيْهِ .

«شرح الطحاوي»

الْآخِرِينَ . كَذَا ذَكَرَ أَبُو بَكْرِ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِهِ لـ «مختصر الطحاوي» .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ سَقَطَ الْحَائِطُ الْمَائِلُ عَلَى إِنْسَانٍ بَعْدَ الْإِشْهَادِ فَقَتَلَهُ ، فَتَعَثَّرَ بِالْقَتْلِ
غَيْرُهُ فَعَطِبَ ؛ لَا يَضْمَنُهُ) ، أَي : لَا يَضْمَنُ صَاحِبُ الْحَائِطِ الَّذِي تَعَثَّرَ فَهَلَكَ

قَالَ فِي «شرح الطحاوي» : «وَلَوْ أَشْهَدَ عَلَى الْحَائِطِ فَسَقَطَ ، فَتَعَثَّرَ بِقَتْلِهِ» ،
أَوْ مِيزَانِهِ إِنْسَانٌ فَهَلَكَ ؛ يَضْمَنُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ .

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ : مَا تَلَفَ بِالنُّقْصِ لَا يَضْمَنُ إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ عَلَى النُّقْصِ ،
لَأَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى [٥٣٦/٣] الْحَائِطِ لَا يَكُونُ إِشْهَادًا عَلَى النُّقْصِ ، وَلَوْ لَمْ يَتَعَثَّرْ
بِالنُّقْصِ ، وَلَكِنْ تَعَثَّرَ بِمَيِّتٍ هَلَكَ بِالْحَائِطِ ، لَمْ يَضْمَنْ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّ رَفْعَ الْمَيِّتِ
لَيْسَ عَلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ ، وَلَكِنْ رَفْعُ النُّقْصِ إِلَيْهِ» (١) .

قَالَ فِي «شرح الزيادات» : «وَلَوْ كَانَ مَكَانُ الْحَائِطِ جَنَاحَ أَخْرَجَهُ الرَّحْلُ ؛
لَصَارَ مَنْ عَطِبَ بِالْعَثَرَةِ عَلَى الْقَتْلِ مَظْمُونًا عَلَى عَاقِلَةٍ الَّتِي أَخْرَجَ الْجَنَاحَ ؛ إِنَّمَا
قُلْنَا ؛ إِنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مُبَاشَرَةِ الْجَنَازَةِ ، وَمَنْ أَلْقَى فِي الطَّرِيقِ شَيْئًا ؛ كَانَ جَنَازَةً ضَامًّا إِنَّمَا
عَطِبَ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ تَفْرِيعَهُ ، وَلَوْ أَشْهَدَ عَلَى حَائِطٍ لَمْ يَمْلِكْ بَعْدُ ؛ فَالْإِشْهَادُ
بَاطِلٌ ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ الْإِشْهَادُ إِذَا كَانَ وَاهِيًا ، أَوْ مَائِلًا ، أَوْ مَخُوفًا مِنْهُ ، أَوْ مُتَصَدِّعًا»

قَوْلُهُ : (لِأَنَّ التَّفْرِيعَ عَنْهُ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ لَا إِلَيْهِ) ، أَي : لِأَنَّ تَفْرِيعَ الطَّرِيقِ عَنِ
الْمَيِّتِ إِلَى أَوْلِيَائِهِ ، لَا إِلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ ؛ لِأَنَّهُمْ هُمُ الَّذِينَ يَتَوَلَّوْنَ أَمْرَ الْمَيِّتِ مِنَ
التَّجْهِيزِ وَالتَّكْفِينِ .

(١) مَعْنَى أَنَّ النُّقْصَ اسْمُ الْبِنَاءِ الْمَقْضُوفِ .

(٢) يَنْظُرْ : «شرح مختصر الطحاوي» لِلْأَسِيْبِيَّاتِ [٣٨٠/ق] .

وَأِنْ عَطِبَ بِالنَّقْصِ ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيعَ إِلَيْهِ إِذِ النَّقْصُ مِلْكُهُ وَالْإِشْهَادُ عَلَى الْحَائِطِ إِشْهَادٌ عَلَى النَّقْصِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ امْتِنَاعُ الشُّغْلِ .

وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَى الْحَائِطِ ، فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ ؛ ضَمِنَهُ ؛ لِأَنَّ التَّفْرِيعَ إِلَيْهِ (وَأِنْ كَانَ مِلْكٌ غَيْرُهُ لَا يَضْمَنُهُ) لِأَنَّ التَّفْرِيعَ إِلَى مَا لِكِهَا . قَالَ : وَإِذَا كَانَ الْحَائِطُ بَيْنَ خَمْسَةِ رِجَالٍ ، أُشْهِدَ عَلَى أَحَدِهِمْ ، فَقَتَلَ إِنْسَانًا ؛ ضَمِنَ خُمْسَ الدِّيَةِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ عَلَى عَاقِلَتِهِ .

غاية البيان

قَوْلُهُ : (لِأَنَّ التَّفْرِيعَ إِلَيْهِ) ، أَي : لِأَنَّ تَفْرِيعَ الطَّرِيقِ عَنْ نَقْصِ الْحَائِطِ إِلَى صَاحِبِ الْحَائِطِ .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ عَطِبَ بِجَرَّةٍ كَانَتْ عَلَى الْحَائِطِ ، فَسَقَطَتْ بِسُقُوطِهِ وَهِيَ مِلْكُهُ ؛ ضَمِنَهُ) . ذَكَرَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ أَيْضًا .

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رحمته الله فِي «شرح الزيادات» : «حَائِطٌ مِثْلُ أُشْهِدَ عَلَى صَاحِبِهِ ، فَوَضَعَ صَاحِبُهُ أَوْ غَيْرُهُ جَرَّةً عَلَيْهِ فَسَقَطَ ، وَرَمَى بِالْجَرَّةِ ، فَأَصَابَتْ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ ؛ فَذَلِكَ عَلَى عَاقِلَةٍ صَاحِبِ الْحَائِطِ ، وَلَوْ عَثَرَ بِالْجَرَّةِ رَحُلٌ فَعَطِبَ ؛ كَانَ هَذَا ، بِخِلَافِ الْحَنَاحِ لَوْ رَمَاهُ . وَالْفَرْقُ مَا بَيْنَا ، فَإِنْ كَانَتْ الْجَرَّةُ مِلْكًا لَصَاحِبِ الْحَائِطِ ؛ كَانَ صَاحِبًا لِمَا عَطِبَ بِنَقْصِ الْجَرَّةِ» .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِذَا كَانَ الْحَائِطُ بَيْنَ خَمْسَةِ رِجَالٍ ، أُشْهِدَ عَلَى أَحَدِهِمْ ، فَقَتَلَ إِنْسَانًا ؛ ضَمِنَ خُمْسَ الدِّيَةِ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ [عَلَى] ^(١) عَاقِلَتِهِ) ، أَي : قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصُورَتُهَا فِيهِ : «مُحَمَّدٌ ، عَنْ يَعْقُوبَ ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : [فِي حَائِطٍ] ^(٢)

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ال» ، «وَال» ، «وَالْغ» ، «وَالْغَا» ، «وَالْغَا» ، «وَالْغَا» .

(٢) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ : «الْحَائِطُ» . وَالْمِثْلُ مِنْ : «ال» ، «وَالْغ» ، «وَالْغَا» ، «وَالْغَا» ، «وَالْغَا» .

.....

• نهاية البيان •

لحمسة رحال مأل، أو وهي، فأشهد على واحد منهم، فوقع على إسماعيل قتله، قال: يضمّن الخمس من الدية [١٧٩/٨ م/١]. وقال يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه: في دار بين ثلاثة نفرٍ حفر أحدهم فيها بئراً، أو بنى حائطاً، فوقع إنسان في البئر [فمات] ^(١)، أو عثر بالحائط فمات، قال: على الحافر والباقي ثلثا الدية. وقال يعقوب ومحمد رضي الله عنه: عليه نصف الدية في المسألتين جميعاً ^(٢). إلى هنا لفظ أصلي «الجامع الصغير»، وهذه الجملة من الخواص.

وجه قولهما: أن نصيب من لم يوجد الإشهاد عليه، ونصيب الحافر في المسألة الثانية هدر، وما وراءه معتبر، فجعل الهدر جنساً واحداً، والمعتبر جنساً، والمعتبر لجنس الجراحات لا لعددتها، كمن جرح إنساناً، ونهسته حيّة، وكدغته عقرب، وعقره كلب؛ كان عليه نصف الدية، فكذا هنا.

وجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه: أنه لو ملك جميع الدار وحفر فيها بئراً؛ لا يضمّن، ولو لم يملك شيئاً من الدار، وحفر فيها بئراً؛ ضمّن جميع الدية، فإذا ملك [٢٣٣/٢] البعض دون البعض؛ لا يضمّن بقدر ما ملك، وكذا في مسألة الحائط، لو كان أجنبياً؛ لا يصح الإشهاد عليه، ولو ملك يصح الإشهاد عليه، فيصح بقدر ما ملك اعتباراً للبعض بالكل.

[ولأن التلّف] ^(٣) حصل بعلة واحدة، وهو الثقل المخصوص بالحائط، والعمق المخصوص في البئر؛ لأن أصل الثقل، وأصل العمق ليس بعلة للتلف؛ لأن الجزء اليسير ليس بمهلك، فلو كان كل جزء علة واحدة؛ لاجتمع العلل.

(١) ما بين المعقوفين، زيادة من «ن»، و«ع»، و«فا»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه اسامع الكبير [ص/٥١٤].

(٣) وقع في الأصل: «وإن التلّف»، والمثبت من: «ن»، و«ع»، و«فا»، و«م»، و«ر».

وَأِنْ كَانَتْ دَارٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ نَفَرٍ فَخَفَرُوا أَحَدَهُمْ فِيهَا بِشَرٍّ^(١) أَوْ نَشَى خَائِطًا
فَقَطَّبَ بِهِ إِنْسَانٌ فَعَلَيْهِ ثَلَاثُ الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: عَلَيْهِ

﴿عَلَيْهِ الدِّيَةُ﴾

وَلَكِنْ لَيْسَ كَذَلِكَ، فَكَانَ الْكُلُّ عِلَّةً وَاحِدَةً، فَيُصَافُ الْحُكْمُ، وَهُوَ الضَّمَانُ إِلَى
الْعِلَّةِ الْوَاحِدَةِ.

ثُمَّ يَنْتَقِسُمُ الْحُكْمُ عَلَى أَرْبَابِهَا عَلَى قَدْرِ الْمِلْكِ، كَمَنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا
كُرَّ حِنْطَةٍ، فَحَمَلَ عَلَيْهَا كُرًّا وَنِصْفًا، [فَتَلَفْتُ؛ ضَمِنَ]^(٢) الْمُسْتَأْجِرُ ثَلَاثَ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ
الثَّلَاثَ حَصَلَ بِالثَّقَلِ، وَالثَّلَاثَانِ كَانَ بِإِذْنِ صَاحِبِ الدَّابَّةِ، فَهَذَرُ ذَلِكَ، وَيُضْمَنُ الثَّلَاثَ.

بِخِلَافِ الْجِرَاحَاتِ؛ فَإِنَّ كُلَّ جِرَاحَةٍ تَضْلُعُ عِلَّةً لِلتَّلَفِ، وَإِنَّمَا أُضِيفَ إِلَى
الْكُلِّ عِنْدَ الْمُزَاحِمَةِ؛ لِعَدَمِ أَوْلَوِيَةِ الْبَعْضِ بِالْإِضَافَةِ إِلَيْهِ، وَلَكِنْ [إِنْ لَمْ]^(٣) يَضْلُعِ
الْبَعْضُ لِإِضَافَةِ الْحُكْمِ؛ يَضْلُعُ لِقَطْعِ السَّبَبِ عَنِ الْمُزَاحِمِ، فَظَهَرَتِ الْمُزَاحِمَةُ فِي
قَطْعِ النَّسَبَةِ عَنِ الْآخَرَى. وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ فِي حَقِّ اسْتِحْقَاقِ الْحُكْمِ، فَيُجْعَلُ هَالِكًا
بِعِلَّتَيْنِ، فَيُصَافُ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُهُ ضَرُورَةُ الْمُزَاحِمَةِ.

أَمَّا فِي مَسْأَلَةِ الْحَائِطِ وَالْبِشْرِ: فَالْعِلَّةُ وَاحِدَةٌ لِمَا بَيَّنَّا، فَلَا بُدَّ مِنْ اِعْتِبَارِ
[١/٥١٧٩/٨] الْعِلَّةِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، فَيَنْتَقِسُمُ الْحُكْمُ عَلَى أَرْبَابِهَا، وَكَانَ الْقِيَاسُ
فِي صُورَةِ الْإِشْهَادِ عَلَى الْحَائِطِ: أَلَّا يَجِبَ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا يَمْلِكُ إِصْلَاحَ
الْحَائِطِ وَخَدَهُ إِلَّا بِشُرْكَائِهِ، فَلَمَّا لَمْ يُشْهَدْ عَلَى شُرْكَائِهِ؛ يَنْبَغِي أَلَّا يَجِبَ عَلَى وَاحِدٍ
مِنْهُمْ شَيْءٌ.

وَجْهُ الاسْتِحْصَانِ: أَنَّهُ يُضْمَنُ الَّذِي أُشْهِدَ عَلَيْهِ حِصَّتُهُ؛ لِأَنَّهُ صَحَّ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ
فِي حِصَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِمْ جُمْلَةً، وَإِنَّمَا يُشْهَدُ عَلَى وَاحِدٍ وَاحِدٍ،

(١) رَادُّ بَعْدِهِ فِي (ط): «وَالْحَصْرُ كَانَ بِغَيْرِ رِصَالِ الشَّرِيكَيْنِ الْآخَرَيْنِ»

(٢) وَفَعَّ فِي الْأَصْلِ: «فَضَمَّنَ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «الْأُذُنِ»، وَ«الْأُذُنِ»، وَ«الْأُذُنِ»، وَ«الْأُذُنِ».

(٣) وَفَعَّ فِي الْأَصْلِ: «إِنَّمَا». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «الْأُذُنِ»، وَ«الْأُذُنِ»، وَ«الْأُذُنِ»، وَ«الْأُذُنِ».

يُصَفُّ الدِّيَّةَ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي الْفَضْلَيْنِ .

لَهُمَا أَنَّ التَّلَفَ يَنْصِيبُ مَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ مُعْتَبَرٌ ، وَيَنْصِيبُ مَنْ لَمْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ
هَذَرٌ ، فَكَانَا قِسْمَيْنِ فَانْقَسَمَ نِصْفَيْنِ كَمَا مَرَّ فِي عَقْرِ الْأَسَدِ وَنَهَشِ الْحَيَّةِ وَجَرَحِ
الرَّجُلِ .

وَلَهُ أَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ بِعِلَّةٍ وَاحِدَةٍ وَهُوَ الثَّقَلُ الْمُقَدَّرُ ، وَالْعُمُقُ الْمُقَدَّرُ ،
لِأَنَّ أَضْلَ ذَلِكَ لَيْسَ بِعِلَّةٍ وَهُوَ الْقَلِيلُ حَتَّى يُعْتَبَرُ كُلُّ جُزْءٍ عِلَّةً فَتَجْتَمِعُ الْعِلَلُ ،
وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يُضَافُ إِلَى الْعِلَّةِ الْوَاحِدَةِ ثُمَّ تُقَسَّمُ عَلَى أَرْبَابِهَا بِقَدْرِ الْمَلِكِ ،
بِخِلَافِ الْجَرَاحَاتِ فَإِنَّ كُلَّ جِرَاحَةٍ عِلَّةٌ لِلتَّلَفِ بِنَفْسِهَا [٥/٢٦٢] صَغُرَتْ أَوْ كَبُرَتْ
عَلَى مَا عُرِفَ ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ الْمُزَاحِمَةِ أُضِيفَ إِلَى الْكُلِّ لِعَدَمِ الْأَوَّلِيَّةِ ، وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

حَايَةُ الْبَيْنِ

فَإِذَا صَحَّ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ فِي حِصَّةِ نَفْسِهِ ؛ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي حِصَّةِ نَفْسِهِ .

قَوْلُهُ : (فِي الْفَضْلَيْنِ) ، أَيُ : فِي فَضْلِ الْحَائِطِ الْمَائِلِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَ خَمْسَةٍ ،
وَفِي فَضْلِ دَارٍ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ حَفَرَ أَحَدُهُمْ فِيهَا .

قَوْلُهُ : (وَهُوَ الثَّقَلُ الْمُقَدَّرُ ، وَالْعُمُقُ الْمُقَدَّرُ) .

أَرَادَ بِذَلِكَ : الثَّقَلَ الْمُهْلَكَ ، وَالْعُمُقَ الْمُهْلَكَ ، لَا مُجَرَّدَ الثَّقَلَ ، وَمُجَرَّدَ
الْعُمُقِ ؛ لِأَنَّ الْبَسِيرَ مِنْ ذَلِكَ لَا يَضْلَعُ عِلَّةً لِلتَّلَفِ .



بَابُ

جِنَابَةُ الْبَهِيمَةِ وَالْحِجَابَةِ عَلَيْهَا

قَالَ: الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ مَا أَصَابَتْ يَدَيْهَا، أَوْ رِجْلَيْهَا، أَوْ رَأْسَهَا، أَوْ كَدَمَتْ، أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ، وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلَيْهَا، أَوْ ذَنَبِهَا.

غاية المبادئ

بَابُ

جِنَابَةُ الْبَهِيمَةِ وَالْحِجَابَةِ عَلَيْهَا

وَكَانَ مِنْ حَقِّ هَذَا الْبَابِ: أَنْ يُذَكَّرَ بَعْدَ بَابِ جِنَابَةِ الْمَمْلُوكِ؛ لَفَضِيلَةِ النُّطْقِ فِي الْمَمْلُوكِ الَّذِي هُوَ الْعَبْدُ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَتِ الْبَهِيمَةُ مُلْحَقَةً بِالْجَمَادَاتِ مِنْ حَيْثُ عَدَمُ الْعَقْلِ وَالنُّطْقِ؛ أُلْحِقَ هَذَا الْبَابُ بِبَابِ مَا يُخْبِئُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ ذِكْرًا مِنَ الْجُرُصَنِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: الرَّاكِبُ ضَامِنٌ لِمَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ مَا أَصَابَتْ يَدَيْهَا، أَوْ رِجْلَيْهَا، أَوْ رَأْسَهَا، أَوْ كَدَمَتْ، أَوْ خَبَطَتْ، وَكَذَا إِذَا صَدَمَتْ، وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلَيْهَا، أَوْ ذَنَبِهَا)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١)، وَقَوْلُهُ: (مَا أَصَابَتْ) بَدَلٌ مِنْ قَوْلِهِ: (لِمَا أَوْطَأَتْ).

[٣٣/٣] وَصُورُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله؛ فِي الرَّحْلِ يَكُونُ عَلَى الدَّابَّةِ، وَهُوَ يَسِيرُ عَلَيْهَا، قَالَ: يَضْمَنُ مَا أَصَابَتْ يَدَيْهَا، أَوْ رِجْلَيْهَا، أَوْ رَأْسَهَا، أَوْ كَدَمَتْ، أَوْ خَبَطَتْ، لَا النَّفْحَةَ بِالرَّجْلِ، أَوِ النَّفْحَةَ بِالذَّنَبِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُهُ»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) يَطْرُقُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ الدَّفْعَ الْكَبِيرَ [ص/٥١٦].

(٢) يَنْظُرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

وَالْأَضْلُ أَنَّ الْمُرُورَ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ مُبَاحٌ مُقَيَّدٌ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ لِأَنَّهُ يُتَضَرَّفُ فِي حَقِّهِ مِنْ وَجْهِ وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ مِنْ وَجْهِ لِكُونِهِ مُشْتَرَكًا مَيْنَ كُلِّ النَّاسِ فَقُلْنَا بِالْإِبَاحَةِ مُقَيَّدًا بِمَا ذَكَرْنَا لِيُعْتَدَلَ النَّظَرُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، ثُمَّ إِنَّمَا يَتَّقَى بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ وَلَا يَتَّقَى بِهَا فِيمَا لَا يُمَكِّنُ التَّخَرُّرَ عَنْهُ لِمَا

غاية البيان

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «الْكَافِي» : «وَإِذَا سَارَ الرَّجُلُ عَلَى دَابَّةٍ ، أَيْ الدَّوَابِّ كَانَتْ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ ، فَأَوْطَأَتْ إِنْسَانًا بِيَدٍ ، أَوْ رَجُلًا ، وَهِيَ تَسِيرُ فَقَتَلَتْهُ ؛ فِدْيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ الرََّاكِبِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مُسْتَعْمِلٌ لِلدَّابَّةِ بِالنَّقْلِ مِنْ مَكَانٍ إِلَى مَكَانٍ ، وَهِيَ مَجْبُورَةٌ عَلَى هَذَا الْمَعْلُ مِنْ جِهَتِهِ ، فَصَارَتْ جِنَايَتُهَا بِمَنْزِلَةِ جِنَايَتِهِ غَيْرَ أَنَّهُ خَاطِئٌ ، فَوُجِبَتْ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ وَالْكَفَّارَةُ ؛ لِأَنَّهُ قَاتِلٌ [٢/١٨٠/٨] حَقِيقَةً .

وَلَا يَضْمَنُ مَا نَفَحَتْ بِرِجْلِهَا وَهِيَ تَسِيرُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَعْمِلٍ لِإِيَّاهَا فِي النَّفْحَةِ ، فَلَا يَصِيرُ بِهَا قَاتِلًا حَقِيقَةً ، وَإِنْ كَانَ سَبَبًا لِذَلِكَ عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ لَوْ لَا تَسْيِيرُهُ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ لَمَا حَدَثَ هَذَا الْأَمْرُ ، وَلَكِنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ فِي التَّسْيِيرِ فِي سُوقِ الْمُسْلِمِينَ ، وَالسَّبَبُ الْمَخْضَرُ إِنَّمَا يُلْحَقُ بِالْمُبَاشَرَةِ بِوَصْفِ التَّعْدِي ، وَقَدْ عُدِمَ ، فَلَا يُؤْخَذُ بِهِ .

قَالَ : «وَإِنْ كَلَمَتْ إِنْسَانًا بِفِيهَا ، أَوْ صَدَمَتْ بِرَأْسِهَا ، أَوْ خَبَطَتْ بِيَدِهَا ؛ فَهُوَ ضَامِرٌ» .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى رحمته الله : هُوَ ضَامِرٌ فِي جَمِيعِ الْوُجُوهِ ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَوَلٍ عَلَى الدَّابَّةِ بِالرُّكُوبِ ، فَصَارَ فِعْلُهَا كَفِعْلِهِ .

وَلَكِنَّا نَقُولُ : إِنَّمَا يُضَافُ فِعْلُ الدَّابَّةِ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ الْحَمْلِ ، وَلَا حَمْلَ فِي هَذِهِ الْأَفْعَالِ ، وَلَكِنْ يُلْزَمُهُ حِفْظُ الدَّابَّةِ وَصِيَانَتُهَا عَمَّا فِي وَسْعِهِ صِيَانَتُهَا ، وَفِي وَسْعِهِ صِيَانَةُ الدَّابَّةِ عَنِ الْكَذْمِ وَالصَّدَمِ وَالْخَبْطِ ، فَمَتَى قَصَرَ فِي ذَلِكَ حَتَّى وَقَعَ مَا وَقَعَ ؛ صَارَ مُتَعَدِّيًا فِيهِ ، فَأُخِذَ بِهِ ، وَلَيْسَ فِي وَسْعِهِ صِيَانَتُهَا عَنِ النَّفْحَةِ وَالضَّرْبِ بِالدَّبِّ ،

فِيهِ مِنَ الْمَنَعِ عَنِ التَّصَرُّفِ وَسَدِّ بَابِهِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ ، وَالِاخْتِرَازُ عَنِ الْإِطَاءِ وَمَا يُضَاهِيهِ مُمَكِّنٌ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ صَرُورَاتِ التَّيْسِيرِ فَمَقِيدُنَاهُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ عَنْهُ ، وَالنَّفْحَةُ بِالرَّجُلِ وَالذَّنْبُ لَيْسَ يُمَكِّنُهُ الْإِخْتِرَازُ عَنْهُ مَعَ السَّيْرِ عَلَى الدَّابَّةِ فَلَمْ يَنْفَعِدْ بِهِ .

في حاشية البيان

وَلَا يُوصَفُ بِالْتَّعَدِّيِّ حَيْثُ فِيهِ ؛ لَكُونِهِ غَيْرَ مُقْصَّرٍ فِيهِ ، فَلَا يُؤْخَذُ بِإِضْمَانِ (١) . كَذَا فِي «شرح الكافي» .

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ : مَا قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «شرحِهِ» : «إِنَّ الْمَشْيَ فِي الطَّرِيقِ مُبَاحٌ بِشَرْطِ لِسْلَامَةٍ ، وَكُلُّ مَا تَوَلَّدَ مِنَ السَّيْرِ مِمَّا يُمَكِّنُ الْإِخْتِرَازَ مِنْهُ ، فَلَيْسَ بِمَقْصُومٍ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ مَادُونٌ فِي الْمَشْيِ ، فَلَوْ صَمِنَ مَا لَا يُمَكِّنُ الْإِخْتِرَازَ مِنْهُ ؛ كَانَ ذَلِكَ مَنَعًا مِنَ التَّصَرُّفِ ، وَمَا يُمَكِّنُ الْإِخْتِرَازَ مِنْهُ لَا يُؤَدِّي ضِمَانُهُ إِلَى الْمَنَعِ مِنَ التَّصَرُّفِ ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ أَنْ يَتَحَفَّظَ مِنْهُ .

وَلِهَذَا قَالَ أَصْحَابُنَا رحمهم الله : إِنْ مَا كَانَ مِنَ الْعُسْرِ بِالْمَشْيِ ، أَوْ بِسَيْرِ الدَّابَّةِ ؛ لَا يَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْإِخْتِرَازَ مِنْهُ ، وَكَذَلِكَ مَا أَثَارَتِ الدَّابَّةُ بِسَنَائِكِهَا (٢) مِنَ الْحَصَى الصَّغَارِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُخْتَرَزَ حَيْثُ مِنْهُ فِي لَسِيرٍ .

فَأَمَّا الْحَصَى الْكِبَارُ . فَإِنَّ الرَّكَّابَ يَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِالْعُفْرِ عَلَى الدَّابَّةِ فِي السَّيْرِ .

وَقَالُوا فِي شُرُوحِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : وَإِنْ أَوْقَفَهَا فِي الطَّرِيقِ ضَمِنَ النَّفْحَةَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ صِيَانَةَ الدَّرَابِ عَنِ الْوُقُوفِ مُمَكِّنَةٌ ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُمَكِّنَةٍ عَنِ النَّفْحَةِ ،

(١) بَطْنُ «الكافي» لِحَاكِمِ الشَّهِيدِ [٥٢١/ق] .

(٢) جَمْعُ سَيْتٍ ، وَالسَّيْتُكَ . طَرَفُ الْحَاوِي ، وَحَامِلُهُ مِنَ الْقَدَمِ . بَطْنُ «لسان العرب» لِابْنِ مَطُورٍ

[٤٤٤/١٠] مَادَّةُ سَيْتٍ .

وإن أوقفها في الطريق ضمن النقحة أيضاً) لأنه يمكن التحرر عن الإيقاف وإن لم يمكنه عن النقحة فصار متعدياً في الإيقاف وشغل الطريق به فيضمه. قال: وإن أصابت يديها، أو رجلها حصاة، أو نواة، أو أثار غباراً، أو حَجَراً صغيراً، ففقاً عين إنسان، أو أفسد ثوبه؛ لم يضم، وإن كان حجراً كبيراً ضم؛ لأنه في الوجه الأول لا يمكن التحرر عنه، إذ سير الدواب لا

غاية البيان

فصار الإيقاف تعدياً، أو مباحاً مقيداً بشرط السلامة. يقال: أوطأته [م. ١٨٠، ٨] دأبتي قوطيته.

فعلى هذا كان ينبغي أن يقال: الراكب ضامن لما وطيته الدابة، ولكن يجوز أن يكون مفعولاً الإبطاء مَحْذُوفَيْنِ، كقولك: فلان يعطي، وتقديره: أوطأت الدابة [٤٣٤/٣] يدها، أو رجلها إنساناً.

والكدم: العض بمقدم الأسنان، كما يكدم الحمار.

والخبط: الضرب باليد.

والصدم: هو أن تضرب الشيء بجسدك.

ونفخت الدابة الشيء: إذا ضربته بحافر فرسها.

قوله: (قال: وإن أصابت يديها، أو رجلها حصاة، أو نواة، أو أثار غباراً، أو حَجَراً صغيراً، ففقاً عين إنسان، أو أفسد ثوبه؛ لم يضم، وإن كان حجراً كبيراً ضم) أي: قال في «الجامع الصغير»^(١).

وذلك لأن الاحتراز عن ذلك غير ممكن، فلا يؤخذ بالضمان، ألا ترى أننا نجعل سير الدابة كسيره بنفسه، ولو سار بنفسه فأصاب يرخله هذه الأشياء،

(١) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/ ٥١٦].

يَعْرِى عَنْهُ ، وَفِي الثَّانِي مُتَمَكِّنٌ لِأَنَّهُ يَنْفُكُ عَنْ السَّيْرِ عَادَةً ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ بِتَغْيِيفِ
الرَّكِبِ ، وَالْمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالرَّاكِبِ ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ .

قَالَ : وَإِنْ رَأَيْتَ ، أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ ، وَهِيَ تَسِيرُ فَعَطِبَ بِهِ إِنْسَانٌ ؛ لَمْ
يُضْمَنْ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ السَّيْرِ فَلَا يُمَكِّنُهُ إِلَّا خَيْرَازُ عَنْهُ (وَكَدَا إِذَا أَوْقَفَهَا
لِذَلِكَ) لِأَنَّ مِنْ لَدَوَاتٍ مَا لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ ، لَا بِالْإِيقَافِ ، وَإِنْ أَوْقَفَهَا لِعَبْرِ ذَلِكَ

﴿ هَذِهِ الْبَيَانُ ﴾

فَأَصَابَ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ ؛ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ضَرُورَاتِ تَسْيِيرِهِ ، وَهُوَ مَبْحٌ ، إِلَّا إِذَا
كَانَ حَجَرًا كَبِيرًا ؛ فَيُضْمَنُ جَسَدُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ صِنَانَةَ الدَّابَّةِ عَنْ مِثْلِ هَذَا ، فَاظْهَرُ أَنَّهُ
إِنَّمَا وَقَعَ هَذَا مِنْ قَبْلِ عُنْفِهِ فِي أَمْرِ السُّوقِ ، فَيُوصَفُ بِالتَّعَدِّي فَيُؤْخَذُ بِهِ .

قَوْلُهُ . (وَالْمُرْتَدِفُ فِيمَا ذَكَرْنَا كَالرَّاكِبِ)

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «الكَافِي» : «وَالرَّاكِبُ وَالرَّدِيفُ وَالسَّائِقُ وَالْقَائِدُ
فِي الصَّامَانِ سَوَاءٌ ، بَلَعْنَا ذَلِكَ عَنْ شُرَيْحٍ رحمته الله ، إِلَّا أَنَّهُ لَا كُفَّارَةَ عَلَى السَّائِقِ وَالْقَائِدِ
فِي وَطْءِ الدَّابَّةِ ، وَلَا يُحْرَمُ بِهِ عَنِ الْمِيرَاثِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّابَّةَ مَجْبُولَةٌ فِي السَّيْرِ
عَنِ إِرَادَتِهِمْ ، يُصَرِّفُونَ فِيهَا كَيْفَ شَاءُوا ، إِلَّا إِنْ لَسَّائِقٌ وَالْقَائِدُ مُسَيِّبَانِ لِلْقَتْلِ عَلَى
مَعْنَى أَنَّهُ لَوْ لَا السُّوقُ ، وَلَوْ لَا الْقَوْدُ ؛ لَمْ يَوْجَدْ وَطْءُ الدَّابَّةِ ، وَالْكُفَّارَةُ جَزَاءُ مُبَاشَرَةِ
الْقَتْلِ ، بخلافِ الرَّاكِبِ وَالرَّدِيفِ ؛ فَإِنَّهُمَا مُبَاشِرَانِ لِقَتْلِ حَقِيقَةٍ يَثْقِلُهُمَا ، فَيَلْرُمُهُمَا
الْكُفَّارَةُ ، وَيُحْرَمَانِ عَنِ الْمِيرَاثِ ، كَلَنَّا نَمِ إِذَا انْقَسَبَ عَلَى إِنْسَانٍ» ^(١) .

قَوْلُهُ : (قَالَ وَإِنْ رَأَيْتَ ، أَوْ بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ ، وَهِيَ تَسِيرُ فَعَطِبَ بِهِ ^(٢)
إِنْسَانٌ ؛ لَمْ يُضْمَنْ) ، أَي . قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٣) .

(١) ينظر : «الكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/٥٢٢] .

(٢) وقع في الأصل . «بها» والمثبت من . «هـ» ، «وا» ، «غ» ، «م» ، «ل» .

(٣) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٨٩] .

فَعَطِبَ إِنْسَانٌ بِرَوْنِهَا أَوْ بِتَوَلَّيْهَا ضَمِينَ لِأَنَّهُ [٢٦١] مُتَعَدٍّ فِي هَذَا الْإِيقَابِ لِأَنَّهُ
لَيْسَ مِنْ صُرُورَاتِ السَّيْرِ، ثُمَّ هُوَ أَكْثَرُ صَرَرًا بِالصَّارَةِ مِنَ الشَّرِّ بِمَا أَنَّهُ أَذْوَمُ مِنْهُ
وَلَا يُلْحَقُ بِهِ.

في لغة البيان

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» «عَنْ يَنْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَيْفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ؛
فِي الرَّجُلِ يَسِيرُ عَلَى الدَّابَّةِ، فَتَقِفُ لِلرَّوْثِ، أَوْ التَّوَلَّى، فَتَرُوثُ وَتُبُولُ، فَعَطِبَ بِهِ
إِنْسَانٌ بِرَوْنِهَا، أَوْ بِتَوَلَّيْهَا، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَى أَرَاكِيبٍ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ [٢٦١] ٨
الدَّابَّةِ أَوْقَفَهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ، قَرَأَتْ أَوْ بَالَتْ، وَهِيَ وَاقِفَةٌ، فَعَطِبَ إِنْسَانٌ بِرَوْنِهَا، أَوْ
بِتَوَلَّيْهَا؛ ضَمِينَ»^(١). إِلَى هَذِهِ لَفْظُ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «مُشْرِحِهِ»: «وَالْعَرَفُ: أَنَّ الْإِحْتِرَازَ عَنِ التَّوَلَّى وَالتَّوَلَّى
غَيْرُ مُمَكِّنٍ، فَجُعِلَ عَفْوًا، وَالْوُقُوفُ مِنْ صُرُورَاتِهِ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ لَا تَرُوثُ، وَلَا تَبُولُ
فِي الْعَالِي إِلَّا بَعْدَ الْوُقُوفِ، فَجُعِلَ ذَلِكَ عَفْوًا أَيْضًا، وَلَمْ يُجْعَلْ مُضَاقًا إِلَى صَاحِبِ
الدَّابَّةِ، فَصَارَ هَذَرًا، فَأَمَّا وَقْفُ الدَّابَّةِ لِأَمْرٍ آخَرَ، فَلَيْسَ مَا وُضِعَ لَهُ الطَّرِيقُ، فَكَانَ
تَعَدِّيًّا، فَلَمْ يُجْعَلْ مَا اتَّصَلَ بِهِ عَفْوًا مِنَ التَّلَفِ، وَإِنْ تَعَدَّرَ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ، كَمَنْ جَرَحَ
رَجُلًا ضَمِينَ سَرَايَتَهُ، وَإِنْ تَعَدَّرَ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ».

وَكَذَلِكَ مَنْ حَقَرَ بَشَرًا عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ؛ ضَمِينَ مَا وَقَعَ فِيهَا، وَإِنْ تَعَدَّرَ
الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ، وَاللُّعَابُ إِذَا خَرَجَ مِنْ قِمِّ [٢٦٢] ٣ الدَّابَّةِ، فَابْتُلِ الطَّرِيقُ، فَزَلَّ بِهِ
إِنْسَانٌ فَسَقَطَ فَمَاتَ؛ لَا ضَمَانَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ حِفْظُ الدَّابَّةِ عَنْ مِثْلِ ذَلِكَ. كَذَا
فِي «مُشْرِحِ الْكَافِي».

قَوْلُهُ: «لِأَنَّ التَّمَنَّى لَا يَخْتَلِفُ، وَهُوَ النَّصَرُ فِي الدَّابَّةِ بِالتَّنْسِيرِ»

قَالَ الْكُزَّاجِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «مُخْتَصَرِهِ»: «مَنْ وَقَفَ دَابَّتُهُ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ

(١) يَنْظُرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ النَّوَيْ كَبِيرٍ [ص ٥١٦].

﴿ حياة البيارة ﴾

الأعظم، أو على باب مسجد من مساجد المسلمين؛ فهو مثل وقفه في الطريق، وإن كان الإمام قد جعل للمسلمين عند باب المسجد موقفاً يقفون فيها ذواتهم؛ فلا ضمان عليه فيما أصابته في وقوفها، أو حدث منها في ذلك الموقف، وإن سار بها فيه أو قادها [فيه] ^(١)؛ فهو صامئ لما نصيبه إذا فعلت ذلك في الطريق العام المشترك ^(٢).

قال القُدوري رحمه الله في «شرح»: «وذلك لأن القائد والسائق مُقَرَّبٌ للدَّائَةِ إلى لِحْنائَةٍ، والإذن في الوقوف في هذا المكان لا يُحرِّحُه مِنْ أَنْ يَكُونَ طَرِيقًا، يَصْنَعُ في الطريق إِلَّا مَا يَتَدَوَّلُهُ الإِذْنُ».

ثم قال انكروخي رحمه الله: «وكذلك إن كان الموضع قد أُدِنَ الإمام فيه بمتزلة سوق الخيل والدواب؛ فلا ضمان على الواقف بدائته فيما كان من دابته من نفع برجل، أو ذنب، أو بول، أو روث، أو لعاب، وكذلك لو كان الرجل راكباً [عليها] ^(٣)، أو وقف؛ فلا ضمان عليه في شيء من ذلك، وكذلك القلاة من الأرض إذا وقف فيها دابته، وإن كان راكباً عليها، وكذلك طريق مكة إذا كان وقوفه في غير المحجة ناحية عنها، فإن كان ذلك في المحجة، فالمحجة بمتزلة الطريق السابل ^(٤) في جميع ما وصفت لك».

أما إذا كان سائراً في [٨/٣١٨١ م] [هذه] ^(٥) المواضع التي أُذِنَ فيها الإمام

(١) ما بين المعقوفين: ريادة من «ن»، و«غ»، و«ف»، و«م»، و«ر».

(٢) نظراً: «شرح مختصر انكروخي» لنقدوري [ق/٣٤٠/ داماد]

(٣) ما بين المعقوفتين: ريادة من «ن»، و«غ»، و«ف»، و«م»، و«ر».

(٤) السابل: يقال: سابل سابل؛ أي مسلوكة والسبلة: الطريق المسلوكة يقال: سبل سابلة؛ أي.

مسلوكة، ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٤١٥].

(٥) ما بين المعقوفتين: في «م»؛ «جميع»

شاهد المسألة

[بالوقوف] (١)، أو قائداً، أو سائقاً، فهو ضامن لا يُزيل ذلك عنه إذن الإمام، وإنما ينسقط عنه ما حدث من وقوف دابته في هذه الموضع، كان راكباً أو لم يكن فيما حدث من الوقوف خاصة، دون السير والسوق والقود.

فأما الواقف في ملكه والسائق فيه والقائد والسائر: فلا ضمان عليه في شيء من ذلك إلا فيما وطئت يديه أو رجل؛ فإنه بمنزلة جنائته بيده، ألا ترى أنه يلزمه الكفارة فيما وطئت يديه أو رجل، ولا يلزمه الكفارة في غير ذلك، والمرئف والراكب سواء في جميع ذلك، وسواء كان الذي لحقه الجنابة مأذوناً له في دخول الملك، أو غير مأذون، وكذلك لو كان في الملك كلب عقور، فعقر من في الدار ممن أدن له بالدخول في الدار أو لم يؤذن^(٢). إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله. وذلك لأن ترك الكلب في الملك ليس يتعد، فما تولد منه لا يضمن.

قوله: (فلا يلحق به)، أي: لا يلحق الإيقاف بالسير. أي: لا يجعل حكمه حكم السير. يعني: إذا رأت الدابة، أو بآلت في حالة السير؛ لا ضمان في ذلك؛ لأنه لا يمكن السير بلا روث، ولا بول أصلاً، فكان من ضرورات السير، وكذا إذا أوقفها لذلك فوجد منها ذلك.

فأما إذا أوقفها لغير ذلك لأمر آخر قرأت، أو بآلت؛ يجب الضمان؛ لأن الإيقاف لغير ذلك ليس من ضرورات السير، وأيضاً [٣٥/٣] الإيقاف لدوامه أكثر ضرراً بالمارة من نفس السير، فلم يكن في معنى السير، فلم يلحق بالسير في عدم وجوب الضمان.

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و».

(٢) ينظر، «شرح محضر الكرخي» للفدوي [ق/٣٤٠/دامد].

وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ يَدَيْهَا أَوْ بِرِجْلَيْهَا ، وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ
بِيَدَيْهَا دُونَ رِجْلَيْهَا

وَالْمُرَادُ النَّفْحَةُ . قَالَ - رحمه الله -: هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي مُخْتَصَرِهِ ، وَإِلَيْهِ
قَالَ بَعْضُ الْمَشَائِخِ .

﴿ عناية البيان ﴾

قوله: (وَالسَّائِقُ ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ يَدَيْهَا أَوْ بِرِجْلَيْهَا^(١)) ، وَالْقَائِدُ ضَامِنٌ لِمَا
أَصَابَتْ بِيَدَيْهَا دُونَ رِجْلَيْهَا) ، وهذا لفظ الْقُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصره»^(٢).

قَالَ صَاحِبُ «الهداية» رحمه الله: (وَالْمُرَادُ النَّفْحَةُ) ، أي: المُرَادُ من قوله: (أَوْ
رِجْلَيْهَا) ، و(دُونَ رِجْلَيْهَا النَّفْحَةُ) ، بِالرَّجْلِ لِأَنَّ الْقَائِدَ يَضْمَنُ وَطْءَ الرَّجْلِ ، وَكَذَا
السَّائِقُ يَضْمَنُهُ .

أَمَّا النَّفْحَةُ بِالرَّجْلِ: فَهَلْ يَضْمَنُهَا [السَّائِقُ]^(٣) أَمْ لَا ؟

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله: «يَضْمَنُهَا السَّائِقُ ، وَلَا يَضْمَنُهَا الْقَائِدُ ، وَالْفَرْقُ: أَنَّ النَّفْحَةَ
بِالرَّجْلِ بِمَرَأَى مِنَ السَّائِقِ ، فَأَمَكْنَهُ الْاحْتِرَازُ عَنْ ذَلِكَ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ
قَرَّبَ ادِّبَاةً إِلَى لِحْنِيَّةٍ مَعَ إِمْكَانِ الْاحْتِرَازِ ، بِخِلَافِ الْقَائِدِ فَإِنَّهَا لَيْسَتْ بِمَرَأَى
عَيْنِهِ ، فَلَمْ يُمَكِّنْهُ الْاحْتِرَازُ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الضَّمَانُ فِي النَّفْحَةِ ، بِخِلَافِ لَوَطْءِ
بِالرَّجْلِ ، وَالْإِصَابَةُ بِالنِّدْيِ ، حَيْثُ يَجِبُ الضَّمَانُ فِي [٨/١٨٢/٨م] ذَلِكَ عَلَيْهِمَا ؛ لِإِمْكَانِ
الْاحْتِرَازِ عَنْ ذَلِكَ» .

وهكذا فَرَّقَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله في النَّفْحَةِ في «مختصره»: بَيْنَ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ ،

(١) وفي «مجموع السوازل»: وهكذا ذكره القدوري في «المختصره»، وبه أخذ بعض المشايخ، وأكثر
المشايخ على أن السائق لا يضمن النفحة؛ لأنه لا يمكنه منعها عنها، وإن كان يبرأ منه، وهو
الأصح كما في «التصحيح» [ص ٣٩١]

(٢) بظرة: «مختصر القدوري» [ص ١٨٩/١٨٩] .

(٣) ما بين المعنيتين زيادة من الله، و«ع»، و«د»، و«م»، و«و»، و«ز» .

وَوَجْهَهُ أَنَّ النَّفْعَةَ بِمَرَأَى عَيْنِ السَّائِقِ فَيُمْكِنُهُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ وَعَانَتْ عَنْ بَصْرِ الْقَائِدِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ.

وَقَالَ أَكْثَرُ الْمَشَائِخِ: إِنَّ السَّائِقَ لَا يَضْمَنُ النَّفْعَةَ أَيْضًا وَإِنْ كَانَ يَرَاهَا، لِئَسَّ عَلَى رِجْلِهَا مَا يَمْنَعُهَا بِهِ فَلَا يُمْكِنُهُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، بِخِلَافِ الْكُذْمِ لِإِمْكَانِ كَتْمِهَا بِلِجَامِهَا. وَبِهَذَا يَنْطِقُ أَكْثَرُ الشُّيُخِ وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَضْمَنُونَ النَّفْعَةَ كُلُّهُمْ^(١)؛ لِأَنَّ فِعْلَهَا مُصَافٌ إِلَيْهِ.

غاية البعد

ولكن ظاهر الرواية بخلاف ذلك.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْحَاكِمَ الشَّهِيدَ عليه السلام قَالَ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَالرَّاكِبُ وَالرَّادِفُ وَالسَّائِقُ وَالْقَائِدُ فِي الضَّمَانِ سَوَاءٌ، إِلَّا إِنَّهُ لَا كَفَّارَةَ عَلَى السَّائِقِ وَالْقَائِدِ فِي وَطْءِ الدَّابَّةِ، وَلَا يُحْرَمُ بِهِ عَنِ الْمِيرَاثِ»^(٢).

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ عليه السلام فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «فَإِنْ نَفَحَتِ الدَّابَّةُ بِرِجْلِهَا وَهِيَ تَسِيرُ، أَوْ بِذَنَبِهَا؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الرَّاكِبِ، وَلَا السَّائِقِ، وَلَا الْقَائِدِ، وَلَا الرَّادِفِ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ عليه السلام أَنَّهُ قَالَ: «الرَّجُلُ جَبَّارٌ»^(٣)، وَهُوَ مَا لَا يُمْكِنُ الرَّاكِبُ التَّحَرُّزَ مِنْهُ»^(٤). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ عليه السلام.

وَعَلَى هَذَا أَكْثَرُ مَشَائِخِنَا عليهم السلام؛ لِأَنَّ الْإِحْتِرَازَ لَا يُمْكِنُ مِنَ النَّفْعَةِ، وَإِنَّمَا يُمْكِنُ مِنَ الْإِطْوَءِ وَالضَّدْمِ، وَمَا لَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ لَا يَضْمَنُ، وَكَذَلِكَ مَا أَصَابَتْ بِذَنَبِهَا فَهُوَ كَرِجْلِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ.

قَوْلُهُ: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ عليه السلام): يَضْمَنُونَ النَّفْعَةَ كُلُّهُمْ^(٥))، أَي: يَضْمَنُهَا الرَّاكِبُ

(١) بظن. «الحاوي الكبير» للماوردي [٣١٠/٤]. و«روضة الطالبين» للووي [١٩٨/١٠]

(٢) بظن. «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٢٢/ق].

(٣) يأتي تخريجه قريباً.

(٤) بظن. «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٠/داماد].

(٥) بظن. «الحاوي الكبير» للماوردي [٣١٠/٤]. و«روضة الطالبين» للووي [١٩٨/١٠].

وَالْحُجَّةُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَقَوْلُهُ - ﴿الرَّجُلُ جَبَّارٌ﴾ وَمَعْنَاهُ النَّفْحَةُ بِالرَّجُلِ ،
وَانْتِقَالُ الْفِعْلِ بِتَخْوِيفِ الْقَتْلِ كَمَا فِي الْمُكْرِهِ وَهَذَا تَخْوِيفٌ بِالضَّرْبِ .

غاية البيان

وَالسَّائِقُ وَالْقَائِدُ ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الدَّابَّةِ مُصَافٌ إِلَيْهِمْ ؛ لِأَنَّهُ سَيَرَهَا بِتَصَرُّفِهِمْ .

وَلَنَا: مَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ رحمته الله فِي «سُنَنِهِ»: بِسَنَدِهِ إِلَى الزُّهْرِيِّ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ
الْمُسَيَّبِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه ، عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قَالَ: «الرَّجُلُ جَبَّارٌ» ^(١) .

بَيَانُهُ: أَنَّ الْمُرَادَ مِنْهُ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْوِطْءُ بِالرَّجُلِ ، أَوْ النَّفْحَةُ ، وَالْأَوَّلُ لَيْسَ
بِمُرَادٍ بِالْإِجْمَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِجَبَّارٍ ، فَيَتَعَيَّنُ الثَّانِي ، وَإِلَّا بَلَزَمَ الْإِفَاءُ النَّصَّ عَنْ
الْقَائِدِ ^(٢) .

قَوْلُهُ: (وَانْتِقَالُ الْفِعْلِ بِتَخْوِيفِ الْقَتْلِ كَمَا فِي الْمُكْرِهِ) ، جَوَابٌ عَنْ قَوْلِ
الشَّافِعِيِّ رحمته الله: «إِنَّ فِعْلَ الدَّابَّةِ مُصَافٌ إِلَيْهِ» ^(٣) . يَعْنِي: يَكُونُ فِعْلُهَا كَفِعْلِ صَاحِبِهَا
فَيُضْمَرُ .

فَقَالَ: إِنَّمَا يَنْتَقِلُ فِعْلُ الْفَاعِلِ إِلَى غَيْرِهِ إِذَا كَانَ التَّخْوِيفُ بِالْقَتْلِ لَا بِالضَّرْبِ ،
كَمَا فِي الْإِكْرَاهِ الْكَامِ ، يَنْتَقِلُ لَا فِي الْقَاصِرِ ، وَهُنَا [٤٣٥، ٣ ط] التَّخْوِيفُ بِالضَّرْبِ لَا
بِالْقَتْلِ ، وَفِيهِ نَوْعٌ وَهِيَ ، وَالْجَوَابُ الصَّحِيحُ لَنَا عَلَى الْخَصْمِ مَا قُلْنَا مِنَ الْمَعْقُولِ

(١) أَخْرَجَهُ: أَبُو دَاوُدَ فِي كِتَابِ الْبَيِّنَاتِ / بَابُ فِي الدَّابَّةِ تَنْفُخُ بِرِجْلِهَا [رقم/٤٥٩٢] ، وَالنَّسَائِيُّ فِي «سُنَنِهِ»
فِي كِتَابِ الْعَارِضَةِ / بَابُ فِي الدَّابَّةِ تَصْيِبُ بِرِجْلِهَا رَوِيَّةٌ عَنْ حَبِيبَةَ [رقم/٥٧٨٨] ، وَالدَّارِقُطِيُّ فِي «سُنَنِهِ»
[١٥٢/٣] ، وَغَيْرُهُمْ مِنْ طَرِيقِ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه .
قَالَ أَبُو خَبْرٍ: «قَالَ الدَّارِقُطِيُّ: لَمْ يَرَوْهُ إِلَّا سَفِيَّانُ بْنُ حُسَيْنٍ عَنْ الزُّهْرِيِّ ، وَلَهُ طَرِيقٌ أُخَرَى عَنْهُ
الدَّارِقُطِيُّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَرِجَالُهُ ثِقَاتٌ ، إِلَّا أَنَّ الدَّارِقُطِيَّ قَالَ: إِنَّهُمْ ، وَرَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحُسَيْنِ
فِي «الْأَنْبَاءِ» عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنِ السَّيِّدِ رحمته الله مَرْسَلًا . يَطْرُقُ «الدَّرَايَةُ» فِي تَحْرِيجِ
أَحَادِيثِ الْهَدَايَةِ لِابْنِ حَبَرٍ [٢٨٣/٢] .

(٢) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ «الْقَائِدُ» ، وَالمثبت من «ال» ، «و» ، «ع» ، «و» ، «ع» ، «و» ، «ر» .

(٣) يَطْرُقُ «الْأَمُّ» لِلشَّافِعِيِّ [٣٥٣/٨] ، وَالحَدِيثُ الْكَبِيرُ لِلْمَاورِدِيِّ [٤٧٠/١٣] .

قال: وفي: «الجامع الصغير»: وكلُّ شيءٍ ضَمِنَهُ الرَّاكِبُ؛ ضَمِنَهُ السَّائِقُ وَالْقَائِدُ لِأَنَّهُمَا مُسَبِّبانِ بِمُبَاشَرَتِهِمَا شَرْطَ التَّلَفِ وَهُوَ تَقَرُّبُ الدَّائَةِ إِلَى مَكَانِ الْجَنَائَةِ فَيَتَقَيَّدُ بِشَرْطِ السَّلَامَةِ فِيمَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ كَالرَّاكِبِ.

(إِلَّا أَنَّ عَلَى الرَّاكِبِ الْكُفَّارَةَ) فِيمَا أَوْطَأَتْهُ الدَّائَةُ بِيَدِهَا أَوْ بِرِجْلِهَا (وَلَا كُفَّارَةَ عَلَيْهَا) وَلَا عَلَى الرَّاكِبِ فِيمَا وَرَاءَ الْإِبْطَاءِ، لِأَنَّ الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لِأَنَّ التَّلَفَ يَثْقِلُهُ وَثِقَلُ الدَّائَةِ تَبِعٌ لَهُ، لِأَنَّ سَيْرَ الدَّائَةِ مُضَافٌ إِلَيْهِ وَهِيَ آتَةٌ لَهُ وَهُمَا مُسَبِّبانِ لِأَنَّهُ لَا يَتَّصِلُ مِنْهُمَا إِلَى الْمَحَلِّ شَيْءٌ، وَكَذَا الرَّاكِبُ فِي غَيْرِ الْإِبْطَاءِ.

نهاية البيان

أَوَّلًا، وَرَوَيْنَا مِنَ الْحَدِيثِ ثَانِيًا.

قوله: (قَالَ. وَفِي «الجامع الصغير»: وكلُّ شيءٍ ضَمِنَهُ الرَّاكِبُ؛ ضَمِنَهُ السَّائِقُ وَالْقَائِدُ)، وَذَلِكَ لِأَنَّ سَيْرَ الدَّائَةِ مُضَافٌ إِلَى {١٨٢/٨} السَّائِقِ وَالْقَائِدِ، كَمَا يُضَافُ إِلَى الرَّاكِبِ، فَلَرَمَهُ الْحِفْظُ عَمَّا يُمَكِّنُ الْحِفْظُ وَالْإِحْتِرَازُ عَنْهُ، وَوُضِعَ عَنْهُ مَا لَيْسَ فِي وَسْعِهِ، فَإِذَا أُضِيفَ إِلَيْهِ ضَمِنَهُ، كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِيَدِهِ، إِلَّا إِنَّهُ لَا يَكُونُ عَلَى السَّائِقِ وَالْقَائِدِ الْكُفَّارَةُ، وَعَلَى الرَّاكِبِ الْكُفَّارَةُ فِيمَا أَوْطَأَتِ الدَّائَةُ، وَلِأَنَّ فِعْلَ "الرَّاكِبِ عَلَى الدَّائَةِ اتَّصَلَ بِالْقَتِيلِ" (٢)، فَصَارَ مُبَاشِرًا بِمَنْزِلَةِ الرَّامِي.

فَأَمَّا السَّائِقُ وَالْقَائِدُ: فَلَمْ يَتَّصِلْ أَثَرُ فِعْلِهِمَا بِالْقَتِيلِ، بَلْ فِعْلُهُمَا تَسْبِيبٌ، وَالْكُفَّارَةُ جَزَاءٌ لِلْفِعْلِ، وَهُوَ الْقَتْلُ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَى الْمُسَبِّبِ الَّذِي هُوَ دُونَ الْمُبَاشِرِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْجَزَاءِ، وَهُوَ كَخَافِرِ الْبَيْتِ، وَوَضِعِ الْحَجَرِ؛ فَإِنَّهُ لَا كُفَّارَةَ عَلَى الْحَامِرِ وَالْوَاضِعِ، فَكَذَا هُنَا.

قوله: (وَكَذَا الرَّاكِبُ فِي غَيْرِ الْإِبْطَاءِ)، أَي: لَا كُفَّارَةَ عَلَى الرَّاكِبِ فِي غَيْرِ

(١) وقع في الأصل: «القتل». والمثبت من: «ن»، و«ع»، و«فا»، و«م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «بالفعل». والمثبت من: «ن»، و«ع»، و«فا»، و«م»، و«ر».

وَالْكَفَّارَةُ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ لَا حُكْمُ التَّسْبِيبِ ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ
حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ دُونَ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُبَاشَرَةِ .

وَلَوْ كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ ، قِيلَ : لَا يَضْمَنُ السَّائِقُ مَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ ؛ لِأَنَّ
الرَّاكِبَ مُبَاشِرٌ فِيهِ لِمَا ذَكَرْنَاهُ وَالسَّائِقُ مُسَبِّبٌ ، وَالْإِضَافَةُ إِلَى الْمُبَاشِرِ أَوْلَى .

رَقِيلٌ : الضَّمَانُ [٥/٢٦٣] عَلَيْهِمَا لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ سَبَبُ الضَّمَانِ .

حماية البهائم

وَالْكَفَّارَةُ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ لَا حُكْمُ التَّسْبِيبِ ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ
حِرْمَانُ الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ دُونَ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُبَاشَرَةِ . وَالْكَفَّارَةُ
حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ لَا حُكْمُ التَّسْبِيبِ ، وَكَذَا يَتَعَلَّقُ بِالْإِطَاءِ فِي حَقِّ الرَّاكِبِ حِرْمَانُ
الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ دُونَ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ لِأَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْمُبَاشَرَةِ . الْإِطَاءُ ، كَالْتَفْحَةِ
بِالرَّجُلِ وَالذَّنْبِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ فِي ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا الْكَفَّارَةُ عَلَيْهِ فِي الْإِطَاءِ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ
فِيهِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ حَصَلَ بِقِيَّةِ ، وَثَقُلَ الدَّابَّةُ جُعِلَ تَبَعًا لَهُ حَيْثُ كَانَ سَيْرُهَا مُضَافًا إِلَيْهِ .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ ، قِيلَ : لَا يَضْمَنُ السَّائِقُ مَا أَوْطَأَتِ الدَّابَّةُ) ،
يَعْنِي : لَا يَشْتَرِكَانِ فِي الضَّمَانِ ، بَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الرَّاكِبِ ؛ لِأَنَّ الرَّاكِبَ
صَاحِبُ عِلَّةٍ ، وَالسَّائِقُ صَاحِبُ سَبَبٍ ، وَالْأَصْلُ فِي إِضَافَةِ الْحُكْمِ هُوَ السَّبَبُ ،
وَقِيلَ : يَشْتَرِكَانِ ، فَيَكُونُ يَصِفُ الضَّمَانِ عَلَى الرَّاكِبِ ، وَيَصِفُهُ عَلَى السَّائِقِ .

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «وَلَوْ أَمَرَ بِتَخْصِيهَا ، وَهُوَ يَسِيرُ فَوُطِئَتْ
إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ ؛ فَالذِّئْبُ عَلَيْهِمَا نِصْفَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا الْآنَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ» ^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ
الْكَرْخِيِّ رحمه الله .

يَعْنِي : أَنَّ النَّاخِسَ كَالسَّائِقِ ، وَلَوْ كَانَ ثَمَّةَ سَائِقٍ وَرَاكِبٍ يَشْتَرِكَانِ فِي الضَّمَانِ ؛

(١) يَظَرُ : «شرح مختصر الكرخي» لفقدري [٣٤٠/٣٤٠/٣٤٠] دامد .

قَالَ: وَإِذَا اضْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا، فَعَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَّةُ الْآخَرِ وَقَالَ زُقَرُّ وَالشَّافِعِيُّ رحمهما: يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَّةِ الْآخَرِ لِمَا رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ، وَلَأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَاتَ بِفِعْلِهِ وَفِعْلِ صَاحِبِهِ، لِأَنَّهُ يَصْدُمَتُهُ أَلَمَ نَفْسِهِ وَصَاحِبُهُ فَيَهْدُرُ نِصْفُهُ وَيُعْتَبَرُ بِنِصْفِهِ، كَمَا إِذَا كَانَ الْإِضْطِدَامُ عَمْدًا، أَوْ جَرَحَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفْسَهُ وَصَاحِبُهُ جِرَاحَةً أَوْ خَرَا عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ يَتَرَا فَاَنْهَارَ عَلَيْهِمَا يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا النِّصْفُ فَكَذَا هَذَا.

غاية البیان

فَكَذَا النَّاجِسُ وَالرَّاكِبُ يَشْتَرِكَانِ، وَهَذَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَعَدٌّ بِطَرِيقِ التَّسْبِيبِ؛ لِأَنَّهُ تَلَفٌ يَتَقَلَّى الرَّاكِبُ وَدَفْعُ النَّاجِسِ.

وَقَالَ الْإِمَامُ الْأَسْبِجَابِيُّ رحمهما: «إِنْ كَانَ رَاكِبٌ وَسَائِقٌ، أَوْ سَائِقٌ وَقَائِدٌ، أَوْ رَاكِبٌ وَقَائِدٌ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا، غَيْرَ أَنَّ الْكَفَّارَةَ عَلَى الرَّاكِبِ وَحْدَهُ»^(١).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا اضْطَدَمَ فَارِسَانِ فَمَاتَا، فَعَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَّةُ الْآخَرِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمهما فِي «مَخْتَصَرِهِ».

وَعِنْدَ زُقَرِّ وَالشَّافِعِيِّ رحمهما^(٢): يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَّةِ الْآخَرِ، وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي الرَّجُلَيْنِ يَضْطَدِمَانِ^(٣) [٢/١٨٣/٨]، كَذَا فِي «شرح الكافي».

لَهُمَا: أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَارَ مَقْتُولًا بِفِعْلِ نَفْسِهِ، وَفِعْلِ صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسيبجي، [ق/٣٧٨].

(٢) ينظر: «الأم» لشافعي [٢٠٩/٧]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [٣٢٣/١٢].

(٣) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» [١٥٢/٥، ١٥٣]، «التجريد» [٥٧٦٧/١١]، «المسوط»

[١٩١/٢٦]، «النفق» [١٣٨٧/٣]، «هدائع الصنائع» [٣٣٣/٦]، «تكملة البحر الرائق»

[٤١٠/٨]، «الفتاوى الهدية» [١٠٥/٦].

وَلَمَّا أَنَّ الْمَوْتَ يُضَافُ إِلَى فِعْلِ صَاحِبِهِ لِأَنَّ فِعْلَهُ فِي نَفْسِهِ مُبَاحٌ وَهُوَ
الْمَشْيُ فِي الطَّرِيقِ فَلَا يَصْلُحُ مُسْتَنَدًا لِلِإِضَافَةِ فِي حَقِّ الضَّمَانِ ، كَالْمَاشِي إِذَا
لَمْ يَعْلَمْ بِالْبِشْرِ وَوَقَعَ فِيهَا لَا يُهْدَرُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهِ ، وَفِعْلُ صَاحِبِهِ وَإِنْ كَانَ مُبَاحًا ،
لَكِنَّ الْفِعْلَ الْمُبَاحَ فِي غَيْرِهِ سَبَبٌ لِلضَّمَانِ كَالنَّائِمِ إِذَا انْقَلَبَ عَلَى غَيْرِهِ .

وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ أَوْجَبَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كُلَّ الدِّيَةِ فَتَعَارَضَتْ
رَوَايَتَاهُ فَرَجَّحْنَا بِمَا ذَكَرْنَا ، وَفِيمَا ذُكِرَ مِنَ الْمَسَائِلِ الْفِعْلَانِ مَحْظُورَانِ فَوَضَّحَ
الْفَرْقُ .

غاية البيان

الاضْطِدَامُ فِعْلُهُمَا جَمِيعًا ، وَفِعْلُهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ هَدْرٌ ، وَفِعْلُ صَاحِبِهِ مُعْتَبَرٌ ، فَيَكُونُ
الْمَضْمُونُ هُوَ النِّصْفُ ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اضْطَدَمَ عَمْدًا ، أَوْ جَرَحَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
نَفْسَهُ [١٣٦/٣] وَجَرَحَهُ صَاحِبُهُ ، أَوْ حَقَّرَا جَمِيعًا بِشْرًا عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ فَوَقَعَ فِيهَا
فَمَاتَا .

وَلَنَا : مَا رَوَى مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «الْأَصْلِ» : عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي هَذِهِ الْحَادِثَةِ : «أَنَّهُ
أَوْجَبَ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَّةً كَمَلَّةً ، وَقَالَ : بَدَعْنَا ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ» (١) ،
وَلِأَنَّ فِعْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُبَاحٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، وَهُوَ مَشْيُهُ فِي الطَّرِيقِ ، فَلَا يَصْلُحُ
سَبَبًا لِلضَّمَانِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ إِنْسَانًا لَوْ وَقَعَ فِي بِشْرٍ مَحْظُورَةٍ عَلَى قَارِعَةِ
الطَّرِيقِ ؛ لَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهِ هَدْرًا ، بَأَن يُقَالَ : لَوْلَا مَشْيُهُ لَمْ يَقَعْ فِي الْبِشْرِ ، فَكَذَا
هُنَا ؛ لَا يُهْدَرُ شَيْءٌ مِنْ دَمِهِ أَيْضًا ، بَأَن يُقَالَ : لَوْلَا تَقْرِيبُهُ نَفْسَهُ مِنَ الْمَصْدُومِ لَمْ
يَهْلِكْ ، وَلَكِنَّ الْمُبَاحَ يَصْلُحُ سَبَبًا لِلضَّمَانِ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُبَاحَاتِ تَتَقَيَّدُ
بَشَرْطِ السَّلَامَةِ ، كَالنَّائِمِ يَنْقَلِبُ فِي نَوْمِهِ عَلَى غَيْرِهِ فَيُهْلِكُهُ ؛ يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ ، فَلَمَّا
كَانَ فِعْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ صَاحِبِهِ ، لَا فِي حَقِّ نَفْسِهِ ؛ لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ

(١) ينظر «الأصل المعروف بالمسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥٥٨/٤] .

هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا

غاية البيان

مَنْ الضَّمَانِ ، بَلْ وَجَبَتْ دِيَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَامِلَةٌ عَلَى عَاقِلَةٍ صَاحِبِهِ .

وفي المسائل المذكورة فَعَلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَحْظُورٌ لَا مُبَاحٌ ، وَالْمَحْظُورُ يَضَعُ سَبِيلاً لِلضَّمَانِ ، وَلَكِنْ لَمْ يُعْتَبَرْ فَعَلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي إِجْبَابِ الضَّمَانِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ؛ لِإِدْمِ الْفَائِدَةِ ، فَبَقِيَ فَعْلُهُ مُعْتَبَرًا فِي حَقِّ صَاحِبِهِ ، فَوَجَبَ إِجْبَابُ بَصَبِ الضَّمَانِ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ الْفِعْلُ الْوَاقِعُ مِنْهُ لِكُونِهِ مُبَاحًا ، ثُمَّ يَنْتَقِذُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ أَصْلًا ، فَأُضِيفَ ضَمَانُهُ إِلَى صَاحِبِهِ كَمَلًا^(١) . فَظَهَرَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْمَقْيِسِ وَالْمَقْيَسِ عَلَيْهِ .

قَالَ فِي «الْأَجْنَاسِ» : «قَالَ أَبُو يُوسُفٍ فِي «نَوَادِرِ هِشَامٍ» : فِي رَجُلَيْنِ تَعَادَا حَبَلًا فَوَقَعَا عَلَى وَجْهِهِمَا فَمَاتَا جَمِيعًا : أَنَّهُ يَضْمَنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَّةَ صَاحِبِهِ ، وَلَوْ وَقَعَ أَحَدُهُمَا عَلَى قَفَاهُ ، وَالْآخَرُ عَلَى وَجْهِهِ فَمَاتَا ؛ صَمِنَ صَاحِبُ الْقَفَا دِيَّةَ صَاحِبِ الْوَجْهِ ، وَإِنْ انْقَطَعَ الْحَبْلُ فَوَقَعَا جَمِيعًا عَلَى أَقْفَسَيْهِمَا فَمَاتَا ؛ ضَمِنَ الْقَاطِعُ دِيَّتَهُمَا وَضَمِنَ الْحَبْلُ .

فَقِيلَ [١/٢١٨٣/٨] لِلْمُحَمَّدِ : إِنْ وَقَعَا عَلَى وَجْهِهِمَا إِذَا قُطِعَ الْحَبْلُ ؟ قَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَكُونُ هَذَا مِنْ قُطْعِ الْحَبْلِ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ فِي «نَوَادِرِ ابْنِ رُسْتَمٍ» : لَوْ وَقَعَا عَلَى أَقْفَسَيْهِمَا وَمَاتَا ، لَا ضَمَانَ عَلَى قَاطِعِ الْحَبْلِ^(٢) .

قَوْلُهُ : (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا كَانَا حُرَّيْنِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا) ، يَعْنِي : إِذَا كَانَ الْمُضْطَلَمَانِ حُرَّيْنِ ، وَقَدْ تَعَمَّدَا ذَلِكَ ؛ يَجِبُ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ دِيَّةِ

(١) بِقَالَ : أَعْطَاهُ الْمَالُ كَمَلًا - بِالتَّحْرِيكِ - : أَيُّ كَامِلًا ، هَكَذَا يَتَكَلَّمُ بِهِ فِي الْجَمِيعِ وَالْوُحْدَانِ سِوَاهُ ، لَا يَنْتَنِ وَلَا يُجْمَعُ ؛ وَلَيْسَ بِمُضَدَّرٍ وَلَا نَعْتٍ ، إِنَّمَا هُوَ كَقَوْلِكَ : أَعْطَيْتَهُ كُلَّهُ . وَقَدْ نَقَدْتُ التَّعْرِيفَ بِذَلِكَ

(٢) يَنْظُرُ : «الْأَجْنَاسُ» لِلنَّاطِقِي [٤٢٩/٢] .

وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ يَهْدِرُ الدَّمُ فِي الْخَطَا، لِأَنَّ الْجِنَايَةَ تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَتِهِ دَفْعًا وَفِدَاءً، وَقَدْ قَاتَتْ لَا إِلَى خُلْفٍ مِنْ غَيْرِ فِعْلِ الْمَوْلَى فَهَدَرَ ضَرُورَةً، وَكَذَا فِي الْعَمْدِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا هَلَكَ بَعْدَمَا جَنَى وَلَمْ يَخْلُفْ بَدَلًا.

وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا فَفِي الْخَطَا تَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الْحُرِّ الْمَقْتُولِ قِيَمَةُ الْعَبْدِ فَيَأْخُذُهَا وَرَثَةُ الْمَقْتُولِ الْحُرِّ، وَيَبْطُلُ حَقُّ الْحُرِّ الْمَقْتُولِ فِي الدِّيَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ أَصْلَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ تَجِبُ الْقِيَمَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ ضَمَانُ الْأَدَمِيِّ فَقَدْ أَخْلَفَ بَدَلًا بِهَذَا الْقَدْرِ فَيَأْخُذُهَا وَرَثَةُ الْحُرِّ الْمَقْتُولِ وَيَبْطُلُ مَا زَادَ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الْخُلْفِ.

غاية البيان

الآخر بالاتفاق، وإذا وَقَعَ ذَلِكَ خطأ؛ تَجِبُ الدِّيَةُ الْكَامِلَةُ عَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدًا خِلَافًا لِرُفْرٍ وَالشَّافِعِيِّ^(١).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَا عَبْدَيْنِ يَهْدِرُ الدَّمُ فِي الْخَطَا)، يَعْنِي: إِذَا اضْطَدَّ الْعَبْدَانِ خَطَاً فَمَاتَا هَدَرَ الدَّمُ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ تَعَلَّقَتْ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ الْجَانِي، وَلِهَذَا يُدْفَعُ فِيهَا إِلَّا أَنْ يَقْدِيَهُ الْمَوْلَى، فَلَمَّا مَاتَ فَاتَ مَحَلُّ الْجِنَايَةِ بِلَا خِلَافٍ، وَلَا يَصْمَنُ الْمَوْلَى شَيْئًا؛ لِأَنَّ مَوْتَ الْعَبْدِ لَمْ يَكُنْ مِنْ فِعْلِهِ، وَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا وَقَعَ الْاضْطِدَامُ عَمْدًا [٢٣٦/٣] مِنْهُمَا جَمِيعًا؛ لِأَنَّهُ شَبَهُ الْعَمْدِ، فَكَانَ كَالْخَطَا، فَهَدَرَ الدَّمُ حَيْثُ لَمْ يُخْلَفِ الْعَبْدُ شَيْئًا؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا مَالَ لَهُ، يُقَالُ: هَدَرَ دَمَهُ. أَي: تَطَلَّ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا وَالْآخَرُ عَبْدًا)، يَعْنِي: إِذَا كَانَ أَحَدُ الْمُضْطَدَّيْنِ حُرًّا، وَالْآخَرُ عَبْدًا، فَفِي صُورَةِ الْخَطَا: تَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الْحُرِّ قِيَمَةُ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنَ الْحُرِّ فِيهِ الدِّيَةُ، فَفِيهِ الْقِيَمَةُ مِنَ الْعَبْدِ، وَكُلُّ شَيْءٍ مِنَ الْحُرِّ فِيهِ يَصْفُ الدِّيَةُ؛ فَفِيهِ مِنَ الْعَبْدِ يَصْفُ الْقِيَمَةُ، ثُمَّ مَا وَجَبَ عَلَى عَاقِلَةِ الْحُرِّ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ

(١) يَطْرُقُ «الْأَمُّ» لِلشَّافِعِيِّ [٢٠٩، ٧]، وَالْحَارِثِيُّ الْكَبِيرُ لِلْمَوَارِدِيِّ [٢٢٣/١٢]

وفي العتد يجب على عاقلة الحر بصف قيمة [٢٦١/١] العتد، لأن المضطر هو النصف في العتد، وهذا القدر يأخذه ولي المقتول، وما على العتد في ربه وهو بصف دين الحر ينقط بموته إلا قدر ما أخلف من الدل وهو بصف العتد

على العتد

فهو لزوم الحر، ويتطل حق الحر المقتول فيما راد من الدين على قيمة العتد، لأن العتد لم يخلف إلا قدر القيمة، وبطل ما راد على ذلك، لأنه لم يخلف شيئاً راداً.

وأصل ذلك: ما ذكره القُدوري في «شرح مختصر الكرخي» رحمته في رد أرض الجنائيات على الرقيق^(١): «أن العتد المقتول خطأ يجب قيمته على العتد عند أبي خنيفة ومحمد رحمتهما».

وروي عن أبي يوسف رحمته أنه قال في مال القاتل: وإنما يجب قيمة العتد على العاقلة عدماً، لأنه ضمان الأتمي^(٢).

وعند أبي يوسف رحمته: يجب ذلك على الحر، لأنه ضمان مال عدو، وسبحي بانه في مسألة قيمة العتد، أنها [هل]^(٣) تبلغ بالغة ما بلغت بقاء على هذه القاعدة: أنه مضمون بالقتل من حيث إنه آدمي، أو من حيث إنه مال؟

قوله: (وفي العتد يجب على عاقلة الحر بصف قيمة العتد)، يعني إذا اضطلح الحر والعتد، ووقع [٢٦١/٨] ذلك منهما عدماً، يجب على عاقلة الحر بصف قيمة العتد يأخذه ورثة الحر، لأن المضمون في صورة العتد بصف في العتد، وقد احتلف هذا القدر، فيتطل ما راد على ذلك من بصف دين الحر، لأن

(١) ينظر «شرح مختصر الكرخي» للقُدوري [٢٦٧/٣] دأداد.

(٢) ينظر «مدائع الصائع» [٣٣٤/٦]، «الاحتيار» [٥١٠/٥]، «النبش الحقائق» [١٢١/٦].

«الحوهرة البهية» [١٨١/٧]، «الفتاوى الهدية» [١٠٥/٦].

(٣) ما بين المضمونين زيادة من: «ن»، «ع»، «و»، «ه»، «و»، «ه».

قال ومن ساق دابة، فوقع السرج على رجل فقلته، ضمن، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه، وكذا ما يحمل عليها) لأنه متعده في هذا النسب، لأن الوقوع بتفصيل منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه، بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة، ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عائقه دون الناس على ما مر من قبل فيقتد بشرط السلامة.

قال: ومن قاد قطارا، فهو ضامن لما أوطأ، فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدبة على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه

﴿في غاية البيان﴾

ما زاد على ذلك سقط يموت العبد من غير خلف.

قوله: (قال: ومن ساق دابة، فوقع السرج على رجل فقلته، ضمن)، أي: قال في «الجامع الصغير»^(١).

قال صاحب «الهداية»^(٢): (وعلى هذا سائر أدواته^(٣) كاللجام ونحوه)، يعني: يجب الضمان على السائق في جميع ذلك؛ لأن وقوع آلات الدابة لتفصيل منه؛ لأنه لو أحكمها؛ لم تقع فيجب الضمان، كما لو وقع الشيء المحمول على العائق على إنسان فقلته، بخلاف الرداء الملبوس إذا سقط فأتلف شيئا، حيث لا يجب الضمان إذا كان مما يلبسه الإنسان عادة؛ لأنه لا يمكنه الاحتراز عنه؛ لأنه لا بد له منه، والحمل يمكن الاحتراز عنه وله منه بُدٌّ، فكان مضمونا، وتمام البيان ههنا في باب ما يُخذه الرجل في الطريق عند قوله: (ومن حمل شيئا في الطريق، فسقط على إنسان فعطب به؛ فهو ضامن).

قوله: (قال: ومن قاد قطارا، فهو ضامن لما أوطأ)، أي: قال المقدوري^(٤)

(١) بطر، «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/ ٥١٥ - ٥١٦].

(٢) وقع في الأصل «دوابه»، والمثبت من «ن»، و«ط»، و«ع»، و«م»، و«ر».

ذَلِكَ وَقَدْ صَارَ مُتَعَدِّيًا بِالتَّقْصِيرِ فِيهِ ، وَالتَّسْبِيبِ بِوَضْفِ التَّعْدِي سَبَبٌ لِلضَّمَانِ ،
إِلَّا أَنْ ضَمَانَ النَّفْسِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِيهِ وَضَمَانُ الْمَالِ فِي مَالِهِ (وَلِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ

غاية البيان

في «مختصره» ، وتمامه فيه : «وَلِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ ؛ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا»^(١) .

وَقَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : «مُحَمَّدٌ ، عَنْ يَحْيَى ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله : فِي
الرَّجُلِ يَقُودُ قِطَارًا ، فَأَوْطَأَ بِعِزٍّ مِنْهُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ ، قَالَ : عَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ الدِّيَّةُ»^(٢) .
وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقِطَارَ بِيَدِهِ يَسِيرُ بِسَوَاقِهِ ، وَيَقِفُ بِإِقْفَائِهِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ صِيَانَتُهُ ، فَمَا حَدَثَ
مِنْ ذَلِكَ يَكُونُ مَضمُونًا عَلَيْهِ [٢٧/٢] ، فَيُضَافُ إِلَيْهِ مَا حَدَثَ مِنَ الْقِطَارِ لِتَسْيِيرِهِ ،
فَيَصِيرُ فِي الْحُكْمِ كَأَنَّهُ قَتَلَ خَطَأً ، فَيَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَّتُهُ .

وَأُورِدَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمهم الله فِي «شرح الجامع الصغير» سَوَالًا وَجَوَابًا فَقَالَ :
«فَإِنْ قِيلَ : لَوْ أَنَّ إِنْسَانًا قَادَ أَعْمَى ، فَأَوْطَأَ الْأَعْمَى إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ ، هَلْ يَجِبُ
عَلَى الْقَائِدِ الضَّمَانُ .

قِيلَ لَهُ : يَنْبَغِي أَلَّا يَجِبَ ؛ لِأَنَّ الْأَعْمَى بِنَفْسِهِ مِنْ أَهْلِ وُجُوبِ الضَّمَانِ ، فَيُعْلَقُ
يُسَبُّ إِلَيْهِ خَاصَّةً» .

وَأَمَّا فِعْلُ الْعَجْمَاءِ : فَجَبَّارٌ لَا عِثْرَةَ لَهُ فِي حُكْمِ نَفْسِهِ ، فَفِعْلُهَا يُنْسَبُ إِلَى
الْقَائِدِ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ سَائِقٌ ؛ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُقَرَّبٌ لِلْقِطَارِ ،
فَاشْتَرَكَا فِي سَبَبِ الْجِنَايَةِ .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمهم الله فِي «مختصره» : «فَإِنْ كَانَ السَّائِقُ فِي وَسْطِ الْقِطَارِ ، فَمَا
أَصَابَ مِمَّا خَلَفَ هَذَا السَّائِقِ ، وَمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنْ شَيْءٍ ؛ فَهُوَ [١٨٤/٨] عَلَيْهِمَا»
إِلَى هُنَا لَفْظُهُ رحمهم الله ؛ لِأَنَّ مَا بَيْنَ يَدَيْهِ هُوَ لَهُ سَائِقٌ ، وَالْأَوَّلُ لَهُ قَائِدٌ ، وَمَا خَلَفَهُ هُمَا لَهُ

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٨٩] .

(٢) ينظر : «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٥١٧] .

فَالضَّمانُ عَلَيْهِمَا) ؛ لِأَنَّ قَائِدَ الْوَاحِدِ قَائِدٌ لِلْكُلِّ ، وَكَذَا سَائِقَةُ لَانْتِصَالِ الْأَزْمَةِ ،

﴿ هَذِهِ لِمَعْنَى ﴾

قَائِدَانِ ، فَيَشْتَرِكَانِ فِي الضَّمانِ .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله أَيْضًا : « وَإِنْ كَانَ يَكُونُ أَحْيَانًا وَسَطًا ، وَأَحْيَانًا يَتَأَخَّرُ ، وَأَحْيَانًا يَتَقَدَّمُ ، وَهُوَ يَسُوقُهَا فِي ذَلِكَ ؛ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْأَوَّلِ » .

ثُمَّ قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله : « وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي «إِمْلَاءِ الْكِنِيسَانِيِّ^(١) رحمه الله : لَوْ أَنَّ رَجُلًا كَانَ يَقُودُ قِطَارًا ، وَآخِرُهُ مِنْ خَلْفِ الْقِطَارِ يَسُوقُهُ ، وَيَزْجُرُ الْإِبِلَ ، فَتَزْجُرُ يَسُوقُهُ ، وَعَلَى الْإِبِلِ قَوْمٌ فِي الْمَحَامِلِ نِيَامٌ ، أَوْ غَيْرُ نِيَامٍ ، فَوَطِئَ بَعْضُ إِنْسَانٍ فَقَتَلَهُ ؛ فَالذِّئْبُ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ وَالسَّائِقِ وَالرَّاكِبِينَ عَلَى الْبَعِيرِ الَّذِي وَطِئَ ، وَعَلَى الرَّاكِبِينَ جَمِيعًا الَّذِينَ قُدَّامَ الْبَعِيرِ الَّذِي وَطِئَ عَلَى عَوَاقِلِهِمْ جَمِيعًا عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ ، وَالْكَفَّارَةُ عَلَى الرَّاكِبِينَ خَاصَّةً^(٢) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله .

وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَائِدَ وَالسَّائِقَ مُقَرَّبَيْنِ إِلَى الْجَنَابَةِ ، وَالرُّكْبَانُ أَمَامَ الْبَعِيرِ كَالْقَادَةِ لَمَّا خَلَفَهُمْ ، وَالرَّاكِبُ عَلَى الْبَعِيرِ حَصَلَ التَّلَفُ بِثِقَلِهِ ، فَاشْتَرَكُوا فِي سَبَبِ الضَّمانِ ، فَانْقَسَمَ عَلَيْهِمْ ، وَالْكَفَّارَةُ عَلَى رَاكِبِ الْبَعِيرِ الَّذِي وَطِئَ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ بِثِقَلِهِ ، وَمَنْ سِوَاهُ قَاتِلٌ بِسَبَبٍ .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله أَيْضًا : « وَمَنْ كَانَ مِنَ الرُّكْبَانِ خَلَفَ الْبَعِيرَ الَّذِي وَطِئَ ؛ لَا يَزْجُرُ الْإِبِلَ ، وَلَا يَسُوقُهَا رَاكِبًا عَلَى بَعِيرٍ مِنْهَا ، أَوْ غَيْرَ رَاكِبٍ ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِقَادَةِ وَلَا سَائِقَةٍ » . إِلَى هَذَا لَفْظُهُ رحمه الله . وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ لَمَّا لَمْ يَسُوقُوا ، وَلَمْ يَكُونُوا صَارُوا كَمَنْعٍ عَلَى الْإِبِلِ .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله أَيْضًا : « وَأَمَّا الرُّكْبَانُ أَمَامَ الْبَعِيرِ الْوَاطِئِ ؛ فَإِنَّهُمْ جَمِيعًا قَادَةُ

(١) هُوَ أَبُو عَمْرٍو الْكِنِيسَانِيُّ صَاحِبُ مُحَمَّد . كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ «ع» ، وَ«م» . كَمَا مَرَّ فِي كِتَابِ الْأَيْمَنِ .

(٢) يَنْظُرْ «شرح مختصر الكرخي» ، لِقُدُورِيِّ [ق/٣٤١/دماذ] .

وهذا إذا كان السائق في جانب [٤٣٧/٣] من الإبل .

أما إذا كان توسطها وأخذ برمام واحد يضمن ما غطب بما هو خلفه، ويضمنان ما تليف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانقصان الرمام، والسائق يسوق ما يكون قدأمة.

«عبد البدر»

البيعر الواطي، ولجميع ما خلقه^(١).

وقال القدوري^(٢) في «شرح» : «فهذا محمول على أنهم كانوا يفعلون فعلًا في القود، فأما إذا لم يكن فعل منهم في القود، فهم كالمتاع، فلا يجب عليهم الضمان، فإن الإنسان قد يكون قائداً، وإن لم يفعل القود، ألا ترى أن النائم قد يكون قائداً، ولا يكون سائقاً إذا لم يفعل السوق، فلذلك افترقا».

قال في «المغرب» : «والقطار: الإبل تقطر على نسي واحد، والجمع: قطر»^(٣).

قوله: (هذا إذا كان السائق في جانب [٤٣٧/٣] من الإبل)، أي: وجوب الضمان على السائق والقائد جميعاً^(٤)، فيما^(٥) إذا كان السائق يسوق الإبل غير آخذ برمام البيعر، أما إذا أخذ الرمام، فيكون الضمان عليه في الذي هلك خلقه لا على [١٨٥/٨] القائد المقدم؛ لأنه لما انقطع الرمام عن القطار، لم يكن القائد المقدم [قائداً]^(٥) لما خلف السائق، فأما فيما هلك قدأما السائق، فيضمنه السائق والقائد جميعاً، لاشتراكهما في سبب وجوب الضمان؛ لأن كل واحد منهما مقرب

(١) بظر: «شرح مختصر الكرحي» للقدوري [٣٤١/٣] داماد.

(٢) بظر «المغرب في ترتيب المعرب» للمطري [١٨٥/٢].

(٣) بظر «مختصر الطحاوي» [ص/ ٢٥٢]، «المبسوط» [٤، ٣/ ٢٧]، «تحفة الفقهاء» [١٢٧/٣].

«بدائع الصنائع» [٣٤٤/٦]، «فتاوى قاضي خان» [٤٥٥/٣، ٤٥٦]، «تنبيه الحفاظ»

[١٥١/٦، ١٥٢]، «لدر المختار» [٦٤٧/٦]، «تكملة البحر الرائق» [٤٠٩/٨].

(٤) وقع في الأصل: «هما»، والمثبت من: «٢٤٥»، و«ع»، و«ن».

(٥) ما بين المعقوفين، زيادة من «ن»، و«ع»، و«٢٤٥»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَإِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَى الْقَطَارِ، وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ، فَوُطِيَ الْمَرْبُوطُ
إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ؛ فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ الدِّيَّةُ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ صِيَانَهُ لِقَطَارٍ عَنْ رَنْصٍ غَيْرِهِ،
فَإِذَا تَرَكَ الصِّيَانَةَ صَارَ مُتَعَدِّيًا، وَفِي التَّسْيِيبِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا فِي الْقَتْلِ
الْخَطَرِ.

﴿ عَائِدَةُ لِسَانٍ ﴾

إِلَى الْجِنَايَةِ هَذَا بِسَوْفِهِ، وَدَكَ يَفُودِهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ رَبَطَ رَجُلٌ بَعِيرًا إِلَى الْقَطَارِ، وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ، فَوُطِيَ
الْمَرْبُوطُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ؛ فَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ الدِّيَّةُ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».
وَتَمَامُهُ فِيهِ: «فَيَرْجِعُونَ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ»^(١).

أَمَّا وَجُوبُ الدِّيَّةِ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ: لِأَنَّ الْقَطَارَ فِي يَدِهِ، فَكَانَ عَلَيْهِ حِفْظُهُ.
وَأَمَّا الرَّجُوعُ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ: فَلِأَنَّ الرَّابِطَ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَ لِقَائَهُ فِي هَذِهِ
الْوَرُطَةِ.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْبَيْتِ رحمته الله: «وَهَذَا كَمَا قَالُوا فِي رَجُلٍ أَمَرَ صَبِيًّا أَنْ يَقْتُلَ رَجُلًا؛
فَالضَّمَانُ عَلَى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ، ثُمَّ يَرْجِعُ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَمْرِ، فَكَذَا هَذَا،
وَهَذَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْقَائِدُ بِرَبْطِ الْبَعِيرِ، فَأَمَّا إِذَا عَلِمَ وَقَادَ؛ لَا تَرْجِعُ عَاقِلَةُ الْقَائِدِ عَلَى
عَاقِلَةِ الرَّابِطِ؛ لِأَنَّهُ ارْتَفَعَ الْغُرُورُ؛ لِأَنَّ الْقَائِدَ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَ نَفْسَهُ فِي هَذِهِ الْوَرُطَةِ،
وَهَذَا إِذَا رَبَطَ فِي حَالَةِ السَّيْرِ، فَإِنْ رَبَطَ الْبَعِيرَ وَالْقَطَارَ وَاقِفًا، ثُمَّ قَادَ صَاحِبُ
الْقَطَارِ، وَهُوَ عَالِمٌ بِالرَّبْطِ أَوَّلًا؛ لَا تَرْجِعُ عَاقِلَةُ الْقَائِدِ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ؛ لِأَنَّهُ قَادَ
لِمَرْبُوطٍ بِغَيْرِ إِذْنِ الرَّابِطِ دَلَالَةً، فَوَحَبَ الضَّمَانُ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ، وَلِأَنَّ الرَّابِطَ
تَعَدَّى فِي الرَّبْطِ، فَلَمَّا قَادَ الْقَائِدُ أَرَادَ جَمَاعَتَهُ عَنْ مَكَانِهَا، فَرَأَى الضَّمَانُ عَنْهُ، وَتَعَلَّقَ
بِالْقَائِدِ، كَمَا وَضَعَ حَجَرًا فِي الطَّرِيقِ؛ فَدَخَرَ حَتَّى آخَرَ فَعَصَبَتْ بِهِ إِبْسَانًا؛ فَالضَّمَانُ

(١) بَطْنُ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَعَ شَرْحِهِ الدَّاهِي الْكَبِيرِ [ص ٥١٧].

(ثُمَّ يَرْجِعُونَ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ) لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي أَوْقَعَهُمْ فِي هَذِهِ الْعَهْمِ . وَإِنَّمَا لَا يَبْحَثُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الْإِبْتِدَاءِ وَكُلُّ مِنْهُمَا مُسْتَبْتٌ لِأَنَّ الرِّبْطَ مِنَ الْقَوْدِ سَمَرَةٌ التَّسْبِيبِ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ لِاتِّصَالِ التَّلَفِ بِالْقَوْدِ دُونَ الرِّبْطِ . ١١٢١

« هَابَةُ السَّانِ »

عَلَى عَاقِلَةِ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهُ رِبْطُ الْعَبْدِ وَالْإِبِلِ سَائِرَةٌ ، فَوُجِدَ مِنَ الرَّابِطِ الْإِذْنُ دَلَالَةً بِقَوْدِ الْمَرْبُوطِ ، فَلِذَلِكَ وَجِبَ الرُّجُوعُ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ سَبَبًا بِرَبْطِهِ لِإِبْطَاءِ الْمَرْبُوطِ بِقَوْدِ الْقَائِدِ .

وَقَالَ الْكَرْجِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «وَإِذَا كَانَ الرَّجُلُ يَقْوَدُ قِطَارًا ، فَجَاءَ رَحُلٌ قَرَّبَتْهُ إِلَيْهِ بَعِيرًا ، وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ ، فَوَطِئَ الْبَعِيرُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ ؛ فَالِدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ يَرْجِعُونَ بِهَا عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ ، وَلَوْ كَانَتْ الْإِبِلُ وَقُوفًا لَا تُقَادُ ، فَجَاءَ رَحُلٌ قَرَّبَتْهُ إِلَيْهَا بَعِيرًا ، وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ ، فَقَادَهَا وَقَادَ الْبَعِيرُ مَعَهَا ، فَوَطِئَ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْقَائِدِ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَلَا يَرْجِعُونَ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّابِطِ ؛ لِأَنَّ الْقَائِدَ أَخَذَتْ عَمَلًا قَادَ بِهِ الْبَعِيرُ ، لَمْ يَأْذَنْ لَهُ الرَّابِطُ ، فَإِنْ كَانَ الْقَائِدُ عَلِمَ بِالتَّعْيِيرِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ جَمِيعًا ، أَنَّهُ [١/٤١٨٥ م] قَدْ رَبَطَهُ إِلَى إِبِلِهِ فَقَادَهَا عَلَى ذَلِكَ ، فَوَطِئَ الْبَعِيرُ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ ؛ فَالِدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ ، وَلَا يَرْجِعُونَ عَلَى الرَّابِطِ » ^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْجِيِّ رحمه الله .

قَوْلُهُ [١/٤٣٨ ر ٣] : (وَالْقَائِدُ لَا يَعْلَمُ) ، لَا يُقَالُ : يَنْبَغِي إِلَّا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَائِدِ بَلَا عِلْمِ الْقَائِدِ ؛ لِأَنَّ الْجَهْلَ يُزِيلُ الْإِثْمَ لَا الضَّمَانَ ، كَالثَّانِمِ إِذَا انْقَدَبَ عَلَى إِنْسَانٍ فَقَتَلَهُ .

قَوْلُهُ : (وَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا فِي الْإِبْتِدَاءِ) ، أَيِ : عَلَى الْقَائِدِ وَالرَّابِطِ بِسَبِيلِ الشَّرَكَةِ بَلَا تَقْدِيمِ وَجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى الْقَائِدِ ، وَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

(١) يَطْرُقُ «شرح مختصر الكرجي» للفدوري [١/٣٤١ ق] دَامَادُ .

قَالُوا: هَذَا إِذَا رُبِطَ وَ لِقِطَارٌ يَسِيرُ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ بِالْقَوْدِ دَلَالَةٌ، هَذَا لَمْ يَعْنَمْ بِهِ لَا يُمَكِّنُهُ التَّحْفُظُ مِنْ ذَلِكَ فَيَكُونُ قَرَارُ الصَّمَانِ عَلَى الرَّابِطِ.

أَمَّا إِذَا رَتَبَ وَالْإِبِلَ قِيَامٌ ثُمَّ قَادَهَا ضَمِنَهَا الْقَائِدُ لِأَنَّهُ قَادَ بَعِيرَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَا صَرِيحًا وَلَا دَلَالَةً فَلَا يَرْجِعُ بِمَا لِحَقُّهُ عَلَيْهِ.

قَالَ: وَمَنْ أَرْسَلَ بِهِيمَةً، وَكَانَ لَهَا سَائِقٌ، فَأَصَابَ فِي قَوْرِهَا، يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ انْتَقَلَ إِلَيْهِ بِوَاسِطَةِ السَّوْقِ.

غاية البيان

مُسَبِّبًا؛ لِأَنَّ الرِّبْطَ مِنَ الْقِيَادَةِ بِمَنْزِلَةِ التَّسْبِيبِ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ؛ لِأَنَّ التَّلَفَّ اتَّصَلَ بِالْقَوْدِ دُونَ الرِّبْطِ، فَكَانَ الْقَوْدُ كَالْمُبَاشَرَةِ حُكْمًا؛ فَقُدِّمَ وَجُوبُ الصَّمَانِ عَلَى الرَّابِطِ إِلَّا أَنَّ قَرَارَ الصَّمَانِ كَانَ عَلَى الرَّابِطِ؛ لِأَنَّ الْقَائِدَ مَعْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ، وَلِهَذَا لَا رُجُوعَ عَلَيْهِ إِذَا عَلِمَ الْقَائِدُ لِرِثْفَاعِ الْغُرُورِ.

قَوْلُهُ: (هَذَا إِذَا رُبِطَ وَالْقِطَارُ^(١) يَسِيرُ)، أَي: رَجُوعُ عَائِلَةِ الْقَائِدِ عَلَى عَائِلَةِ الرَّابِطِ فِيمَا إِذَا كَانَ الرِّبْطُ فِي حَالِ سَيْرِ الْقِطَارِ^(٢)، أَمَّا إِذَا كَانَ الرِّبْطُ فِي حَالَةِ الْوُقُوفِ، ثُمَّ قَادَ؛ فَلَا رُجُوعَ بِالصَّمَانِ عَلَى عَائِلَةِ الرَّابِطِ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَرْسَلَ بِهِيمَةً، وَكَانَ لَهَا سَائِقٌ، فَأَصَابَتْ فِي قَوْرِهَا، يَضْمَنُ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَتُهَا فِيهِ: «لَمْحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله»: فِي الرَّجُلِ يُرْسَلُ الْبَهِيمَةُ، وَيَكُونُ سَائِقًا لَهَا فَيُصِيبُ فِي قَوْرِهَا، قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ^(٣).

وَقَالَ مِنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَيْضًا: «فِي رَجُلٍ أَرْسَلَ طَائِرًا، فَأَصَابَ فِي قَوْرِهِ

(١) وقع في الأصل: «القيطار وهو». والمثبت من: «ن»، و«فا»، و«ع»، و«م»، و«ر».

(٢) وقع في الأصل: «القيطار». ولمثبت من: «ن»، و«فا»، و«ع»، و«م»، و«ر».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه للمنفذ الكبير [ص/٥١٧]

وَلَوْ أَرْسَلَ طَيْرًا وَسَاقَهُ فَأَصَابَ فِي قَوْرِهِ لَمْ يَضْمَنْ) وَالْمَرْقُ أَنْ يَدْرُ
التَّهِيْمَةَ يَحْتَمِلُ السَّوْقَ فَاعْتَبِرْ سَوْقَهُ وَالطَّيْرُ لَا يَحْتَمِلُ السَّوْقَ فَصَارَ وَجُودُ
السَّوْقِ وَعَدَمُهُ بِمَنْرَلَةٍ، وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا لَمْ يَضْمَنْ، وَلَوْ
أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا فَأَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتْلَهُ حَلٌّ.

عبد البير

ذَلِكَ، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ الَّذِي يُرْسِلُ كَلْبَهُ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ سَائِقًا، فَأَصَابَ
فِي قَوْرِهِ؛ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ عليه السلام فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ».

قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَغَيْرُهُ عليه السلام: «أَرَادَ بِالتَّهِيْمَةِ: الْكَلْبَ، وَأَرَادَ بِكُونِهِ سَائِقًا:
أَنْ يَكُونَ خَلْقُهُ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْكَلْبَ يَحْتَمِلُ السَّوْقَ كَسَائِرِ الدَّوَابِّ، فَأُصِيفَ إِلَيْهِ».
أَمَّا الْبَارِزِيُّ: فَلَا يَحْتَمِلُ السَّوْقَ؛ لِأَنَّ سَائِقَ الطَّائِرِ لَا يَكُونُ إِلَّا الطَّائِرُ، إِلَّا أَنَّهُ
أُصِيفَ إِلَى الْمُرْسِلِ فِي حَقِّ حِلِّ الصَّيْدِ ضَرُورَةً إِبَاحَةً لِاضْطِْيَاجِ الْبَارِزِيِّ وَالْكَلْبِ،
وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَقِّ الضَّمَانِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَشْلَى^(٢) كَلْبًا عَلَى رَجُلٍ حَتَّى عَقَرَهُ، أَوْ
مَرَّقَ ثِيَابَهُ؛ لَا يَضْمَنْ إِلَّا أَنْ يَسَوْقَهُ، أَرَادَ بِهِ: إِنْ كَانَ خَلْقُهُ، لِمَا مَرَّ.

وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَكُنْ خَلْقُهُ فَعَقَرَهُ، أَوْ تَعَلَّقَ بِإِنْسَانٍ، إِنْ كَانَ غَيْرَ مُعَلِّمٍ لَا يَضْمَنْ؛
لِأَنَّ غَيْرَ الْمُعَلِّمِ إِنَّمَا يَذْهَبُ بِطَبْعِ نَفْسِهِ لَا بِالْإِرْسَالِ، وَإِنْ كَانَ مُعَلِّمًا، فَإِنْ ذَهَبَ
يَمِينًا وَشِمَالًا وَمَالَ عَنِ الْوَجْهِ الَّذِي أَرْسَلَهُ، ثُمَّ أَتَلَفَ إِنْسَانًا لَا يَضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَالَ
إِلَى [١٨٦/٨] الْيَمِينِ وَالشِّمَالِ، فَإِنَّمَا ذَهَبَ بِطَبْعِ نَفْسِهِ، فَلَا يُضَافُ إِلَى السَّائِقِ،
وَإِنْ أَصَابَهُ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي سَاقَهُ وَأَرْسَلَهُ كَانَ ضَامِنًا؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ بِإِرْسَالِ صَاحِبِهِ،
فَكَانَ مُضَافًا إِلَى الْمُرْسِلِ. كَذَا ذَكَرَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ عليه السلام.

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) أَشْلَيْتُ الْكَلْبَ لِلصَّيْدِ: دَعَوْتُهُ إِشْلَاءً، وَأَمَّا أَشْلَيْتُهُ بِالصَّيْدِ وَعَلَى الصَّيْدِ بِمَعْنَى اغْرَبْتُهُ، فَقَدْ انْكَرَهُ
لَعَلَّ وَأَجَازَهُ غَيْرُهُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ.

وجه المرفي أن البهيمة مختارة في فعلها ولا تضح نايبة عن المرسل فلا يضاف فعلها إلى غيرها، هذا هو الحقيقة، إلا أن الحاجة مسّت في الاضطهاد فأصيب إلى المرسل لأن الاضطهاد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة في حق ضمان العدو. وعن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في هذا كله احتياطاً

غاية البيان

وقال الصدر الشهيد رحمه الله في «شرح الجامع الصغير»: «وذكر أبو الليث رحمه الله في شرح «الجامع الصغير» أنه إذا أرسل بهيمة - يعني: كلباً - ولم يكن سائقاً لها، فأصابته من قورها إنساناً، فالذي أرسلها يضمن [٢٣٨/٣]، قال: لأنه إذا أرسلها وإن لم يكن ختمها، فما دامت في قورها؛ فكأنه خلقها.

لكن نصها - أي: نص محمد في «الجامع الصغير» - أنه إذا أرسل كلباً، ولم يكن سائقاً، فأصاب في قورها؛ لا يضمن.

ونص في «الزيادات»: أنه يضمن، لكن وضع المسألة في الصيد، وأشار إلى أن الإرسال بممرقة لسوق، فكان هذا مؤيداً لقول الفقيه أبي الليث رحمه الله وعليه الفتوى^(١). إلى هنا لفظ الصدر الشهيد.

وقال الحاكم الشهيد رحمه الله في «الكافي»: «وإذا أرسل الرجل دابته في طريق المسلمين، فما أصابته في وجهها ذلك؛ فهو ضامن كما يضمن الذي ساق»^(٢).

قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسدي رحمه الله في «شرح الكافي»: «يريد به إذا أرسله وضربه، أو زحزه عند ذلك حتى يصير له سائقاً، فإذا أصاب في قورها ذلك؛ أخذ به؛ لأن إرساله سرق منه، فما دام يسير في سنه^(٣)؛ فذاك من آثار

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص ٦٠٨]

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٢٢]

(٣) أي في نهجه وجهته ينظر: «نجم العروس» للربيعي [٢٣٢/٣٥ / مادة - سنن].

صِيَانَهُ لِأَمْوَالِ النَّاسِ . قَالَ - عليه السلام : وَذَكَرَ فِي «الْمَبْسُوطِ» إِذَا أُرْسِلَ ذَابَّةٌ فِي طَرِيقِ الْمُسْلِمِينَ فَأَصَابَتْ فِي قَوْرِهَا فَأَلْمُرْسِلُ صَامِنٌ ؛ لِأَنَّ سَيْرَهَا مُصَافٌ إِلَيْهِ مَا دَامَتْ تَسِيرُ عَلَى سَنَنِهَا ، وَلَوْ انْعَطَفَتْ بِمَنَّةٍ أَوْ بَسْرَةٍ انْقَطَعَ حُكْمُ الْإِرْسَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ طَرِيقٌ آخَرُ سِوَاهُ وَكَذَا إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ .

بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الْإِرْسَالِ فِي الْإِضْطِيَادِ ، ثُمَّ سَارَتْ فَأَخَذَتْ الصَّيْدَ ، لِأَنَّ تِلْكَ الْوَقْفَةَ تَحَقُّقُ مَقْصُودِ الْمُرْسِلِ لِأَنَّهُ لِيَتِمَّ كُنْهِهِ مِنَ الصَّيْدِ ، وَهَذِهِ

شبهة البيان

سَوِّفَهُ ، فَمَا أَصَابَ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ يُصَافُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ نَعَطَفَ يَمِينًا وَشِمَالًا ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ انْعِطَافَهُ لَيْسَ مِنْ أَثَرِ سَوِّفِهِ ، بَلْ شَيْءٌ يَتَّبِدُّ بِهِ بَشَاطَتُهُ ، إِلَّا أَلَّا يَكُونَ لَهُ طَرِيقٌ غَيْرُ الَّذِي أَخَذَتْ فِيهِ ، فَيَكُونُ ضَامِنًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُصَافٌ إِلَى سَوِّقِ السَّائِقِ أَيْضًا .

وَإِنْ وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ خَرَجَ مِنَ الضَّمَانِ ؛ لِأَنَّ إِرْسَالَهُ انْتَهَى بِالْوُقُوفِ ، ثُمَّ سَيْرُهَا بَعْدَ ذَلِكَ ابْتِدَاءٌ أَمْرٌ مِنْهَا ، فَلَا يُصَافُ إِلَيْهِ ، وَإِنْ رَدَّهَا رَادًّا ، فَالَّذِي رَدَّهَا ضَامِنٌ لِمَا أَصَابَتْ فِي قَوْرِهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ سَائِقٌ لَهَا ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى سَائِقِهَا بِمَا ضَمِنَ ، إِلَّا إِذَا كَانَ بِأَمْرِهِ ، فَجَبِينُهَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ ، وَإِذَا خَلَّى عَنْهَا وَأَوْقَفَهَا ، فَسَارَتْ هِيَ بِتَنْفُسِهَا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُصَافٍ إِلَى فِعْلِ أَحَدٍ . كَذَا فِي «شرح الكافي» .

قَوْلُهُ : (وَكَذَا إِذَا وَقَفَتْ ثُمَّ سَارَتْ) ، عَطَفَ عَلَى قَوْلِهِ : (انْقَطَعَ حُكْمُ الْإِرْسَالِ) .

قَوْلُهُ : (بِخِلَافِ مَا إِذَا وَقَفَتْ بَعْدَ الْإِرْسَالِ فِي [١٨٦/٨ ط/م] الْإِضْطِيَادِ ، ثُمَّ سَارَتْ) ، يَعْنِي : لَا يَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِرْسَالِ حَتَّى إِذَا أَخَذَ الْكَلْبُ الصَّيْدَ ، أَوْ أَخَذَهُ الْفَهْدُ بَعْدَ الْوَقْفَةِ يَحِلُّ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْوَقْفَةَ لِلْإِحْتِيَالِ مِنْ أَخْذِ الصَّيْدِ ، وَيُحَقِّقُ ذَلِكَ مَقْصُودَ الْمُرْسِلِ .

أَمَّا الْوَقْفَةُ مِنَ الذَّابَّةِ بَعْدَ الْإِرْسَالِ ، لَا لِلْإِضْطِيَادِ ، فَمُنَاقِيَةٌ مَقْصُودِ الْمُرْسِلِ ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ هُوَ السَّيْرُ لَا الْوُقُوفُ ، فَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِرْسَالِ بِالْوَقْفَةِ ، فَكَانَتِ الْوَقْفَتَانِ

تُتَابَعُ مَقْصُودَ الْمُرْسَلِ وَهُوَ السَّيْرُ فَيَسْقُطُ حُكْمُ الْإِرْسَالِ ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أُرْسِلَ إِلَى صَيْدٍ ، فَأَصَابَ إِنْسَانًا ، أَوْ مَالًا فِي قُورِهِ ؛ لَا يَضْمَنُهُ ، وَفِي الْإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ يَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّ شُغْلَ الطَّرِيقِ نَعْدُ قِيْضَمُنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ ، أَمَّا الْإِرْسَالُ لِإِلْصَاقِ قُورِهِ فَمُبَاحٌ وَلَا تَنْسِيْبُ إِلَّا بِوَضْعِ التَّعْدِي .

وَلَوْ أُرْسِلَ بِهِمَّةً ، فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَى [٢٦٥/١] قُورِهِ ؛ ضَمِنَ الْمُرْسَلُ ،

خاتمة البيان

على طَرَفِي تَقْيِضُ مِنْ تَحْقِيقِ مَقْصُودِ الْمُرْسَلِ وَمُقَاتَلَتِهِ .

قَوْلُهُ : (وَهَذِهِ الْوَقْفَةُ) ، أَي : وَفَقَةُ الدَّابَّةِ بَعْدَ الْإِرْسَالِ لَا الْإِصْطِيَادِ .

قَوْلُهُ : (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أُرْسِلَ إِلَى صَيْدٍ ، فَأَصَابَ إِنْسَانًا ، أَوْ مَالًا فِي قُورِهِ ؛ لَا يَضْمَنُهُ ، وَفِي الْإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ يَضْمَنُهُ) .

يُرِيدُ بِهَذَا الْفَرْقِ بَيْنَ الْإِرْسَالَيْنِ : الْإِرْسَالِ إِلَى الصَّيْدِ ، وَالْإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ .

فَفِي الْأَوَّلِ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَفِي الثَّانِي : يَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا كَانَ عَلَى الْقُورِ ؛ لِأَنَّ الْمُسَبَّبَ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا وُجِدَ مِنْهُ التَّعْدِي وَلَا فَلَا ، فَفِي الْإِرْسَالِ إِلَى الصَّيْدِ لَمْ يُوْجَدْ التَّعْدِي ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ مُبَاحٌ ، وَفِي الْإِرْسَالِ فِي الطَّرِيقِ وُجِدَ التَّعْدِي ؛ لِأَنَّهُ شَعَلَ طَرِيقَ الْمُسْلِمِينَ .

وَقَالُوا فِي رَجُلٍ لَهُ كَلْبٌ عَقُورٌ ، كُلَّمَا مَرَّ عَلَيْهِ شَيْءٌ عَضَّهُ : فَلِأَهْلِ الْقَرْيَةِ أَنْ يَقْتُلُوهُ ، فَإِنْ عَضَّ ، هَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى صَاحِبِهِ ؟ إِنْ لَمْ يَتَقَدَّمُوا إِلَيْهِ قَبْلَ [٣١٢/١] الْعَضِّ ؛ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانُوا تَقَدَّمُوا إِلَى صَاحِبِ الْكَلْبِ ؛ فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ بِمَنْزِلَةِ الْحَائِظِ الْمَثَلِ .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ أُرْسِلَ بِهِمَّةً ، فَأَفْسَدَتْ زَرْعًا عَلَى قُورِهِ ؛ ضَمِنَ الْمُرْسَلُ) . ذَكَرَهُ

تَفْرِيعًا إِلَى قَوْلِهِ : (شَاةٌ لِقَصَابٍ) ، وَقَوْلُهُ : (عَلَى قُورِهِ) ، أَي : عَلَى قُورِ الْإِرْسَالِ ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ : أَلَّا تَنْتَقِلِبَ يَمِينًا وَلَا شِمَالًا .

وَأَنْ مَالَتْ يَمِينًا أَوْ شِمَالًا وَلَهُ صَرِيْقٌ آخَرٌ لَا يَضْمَنُ لِمَا مَرَّ.

وَلَوْ انْقَلَبَتِ الدَّائَةُ، فَأَصَابَتْ مَالًا، أَوْ أَدَمِيًّا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا؛ لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا؛ لِقَوْلِهِ عليه السلام: «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ» قَالَ مُحَمَّدٌ: هِيَ الْمُتَقَلِّتَةُ، وَلِأَنَّ

شاهد الدياب

قَالَ فِي «الْفَتَاوَى الصُّغْرَى»: «أُرْسِلَ جِمَارُهُ، فَدَحَلَ زَرْعَ إِنْسَانٍ فَأَفْسَدَهُ، بِنِ سَاقَةٍ إِلَى الزَّرْعِ ضَمِينَ، وَإِنْ لَمْ يَسْقُهَا، بَانَ لَمْ يَكُنْ خَلْقُهَا، لَكِنْ لَمْ تَنْعَطِفِ الدَّائَةُ يَمِينًا وَلَا شِمَالًا، وَذَهَبَتْ إِلَى الْوَجْهِ الَّذِي أُرْسِلُهُ صَاحِبُهُ، فَأَصَابَ الزَّرْعُ؛ ضَمِينَ أَيْضًا، وَإِنْ انْعَطَفَ يَمِينًا وَشِمَالًا، فَأَصَابَ الزَّرْعَ، إِنْ كَانَ لَهُ طَرِيقٌ آخَرٌ، لَمْ يَضْمَنْ، وَإِلَّا يَضْمَنُ فِي «رَدِّيَادَاتِ شَيْخِ الْإِسْلَامِ».

وَفِي غَضَبِ «النَّوَاذِلِ»: «صَاحِبُ الزَّرْعِ إِذَا قَالَ لَزْتُ الدَّائَةَ: إِنْ دَابَّتْكَ فِي زَرْعِي، فَأَخْرَجَهَا؛ فَهُوَ ضَامِنٌ لِمَا أَفْسَدَتْ لِي حَالِ إِخْرَاجِهَا، وَإِنْ أَخْبَرَهُ وَأَمَرَهُ بِإِخْرَاجِهَا؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ بِأَمْرِهِ. هَذَا اخْتِيَارُ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ عليه السلام.

وَكَانَ أَبُو نَصْرِيقُ يَقُولُ: يَضْمَنُ فِي الرَّحْمَةِ الْآخِرِ أَيْضًا»^(١).

قَوْلُهُ: (لِمَا مَرَّ)، إِيْشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (انْقَطَعَ حُكْمُ الْإِرْسَالِ).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ انْقَلَبَتِ^(٢) الدَّائَةُ، فَأَصَابَتْ [٢/١٨٧/٨] مَالًا، أَوْ أَدَمِيًّا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا، لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا؛ لِقَوْلِهِ عليه السلام: «جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ»^(٣).

قَالَ مُحَمَّدٌ عليه السلام: «هِيَ الْمُتَقَلِّتَةُ»^(٤)، أَيْ: تَفْسِيرُ الْعَجْمَاءِ الَّتِي جُرْحُهَا جُبَارٌ

(١) ينظر «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [٢/٢٦٠، ٢٦١].

(٢) وقع في الأصل «انقلب» والمثبت من: (ن)، و(ف)، و(غ)، و(م).

(٣) أخرجه البحاري في كتاب الدياب، باب العجماء جبار [رقم/٦٥١٥]، ومسلم في كتاب الحدود

باب حرج لعجماء وللعبد والبئر جبار [رقم/١٧١٠]، وغيرهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه به نحوه في سابق آثم.

(٤) ينظر: الأصل المعروف بالمسرحه، محمد بن الحسن الشيباني [٥٥٩/٤]

الْبَعْلَ غَيْرُ مُضَافٍ إِلَيْهِ لِعَدَمِ مَا يُوجِبُ النَّسَبَةَ إِلَيْهِ مِنَ الْإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ .
 قَالَ : شَاءَ لِقْصَابٍ فُقِثَتْ غَيْبُهَا ، فَبَيَّهَا مَا نَقَصَهَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا هُوَ
 اللَّحْمُ فَلَا يُغْتَبَرُ إِلَّا التَّقْصَانُ .

﴿ مَعْنَى الْبَيْدِ ﴾

هِيَ الْمُتَقَلِّبَةُ ؛ لِأَنَّ الدَّابَّةَ إِذَا أَتَلَفَتْ شَيْئًا عَلَى قَوْرِ الْإِرْسَالِ ؛ يَجِبُ الضَّمَانُ ، وَلَا
 يَكُونُ جُبَارًا .

قَالَ فِي «الْفَتَاوَى الصُّغْرَى» : «دَابَّةٌ لِرَجُلٍ ذَهَبَتْ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا بِعِيرٍ إِرْسَالَهُ ،
 فَأَقْصَدَتْ زَرْعَ رَجُلٍ ؛ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ ، إِنَّمَا ذَهَبَتْ دَابَّتُهُ بِعَيْرٍ صُنْعٍ ،
 وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ فَلَا عُدُونَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ ﴾ [النِّعَمَةُ : ١٩٣] .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته : إِنْ كَانَتْ ذَهَبَتْ لَيْلًا ؛ يَضْمَنُ ، وَإِنْ كَانَتْ ذَهَبَتْ نَهَارًا ؛
 لَا يَضْمَنُ (١) (٢) (٣) .

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي «شَرْحِهِ» : «وَسِوَاءُ كَانَ انْبِعَالُهَا ^(٢) فِي مِلْكٍ صَاحِبِهَا ،
 أَوْ فِي الطَّرِيقِ ، أَوْ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا صُنْعٌ فِي انْبِعَالِهَا ^(٣) لَهُ ، وَلَا يُفَكِّهُ الْإِحْتِرَازُ
 مِنْ فِعْلِهَا ، فَلَا يَضْمَنُ مَا تَوَلَّدَ مِنْهُ » .

قَوْلُهُ : (مِنْ الْإِرْسَالِ وَأَخَوَاتِهِ) ، الضَّمِيرُ رَاجِعٌ إِلَى الْإِرْسَالِ ، وَأَرَادَ بِأَخَوَاتِ
 الْإِرْسَالِ الْقَوْدَ ، وَالسُّوقَ ، وَالرُّكُوبَ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : شَاءَ لِقْصَابٍ فُقِثَتْ غَيْبُهَا ؛ فَبَيَّهَا مَا نَقَصَهَا) ، أَيِ : قَالَ فِي «الْجَامِعِ
 الصَّغِيرِ» .

وَصَوَرُهَا فِيهِ : «مُحَمَّدٌ ، عَنْ يَعْقُوبَ ، عَنْ أَبِي حَبِيفَةَ رحمته : فِي شَاءِ الْقَصَابِ ،

(١) بَطْن . «الْحَاوِي الْكَبِيرُ» لِلْمَاورِدِيِّ [٤٦٦/١٣] ، وَ«الْبَيَانُ» لِلْمَعْرِيِّ [٨٤/١٢]

(٢) بَطْن «الْفَتَاوَى الصُّغْرَى» لِلصَّدْرِ الشَّهِيدِ [٢٦١/ق]

(٣) رَفَعَ فِي الْأَصْلِ ، «انْبِعَالُهَا» وَالْمَعْنَى مِنْ : «ن» ، وَ«ا» ، وَ«ع» ، وَ«م» ، وَ«ر»

(وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة، وكذا في عين الحمار والتغل والفرس) وقال الشافعي: فيه التقصان أيضاً اعتباراً بالشاة.

مجمعة البيان

وبقرة الجزار، وجزور الجزار يُفقد عين كل واحدة منهن، قال في الشاة ما بقصه. وفي البقرة ربع قيمتها، وفي البعير ربع قيمته^(١). إلى هنا لفظ أصل «الجامع الصغير». قال فخر الإسلام رحمه الله: «وإنما وضع لمسألة هكذا على هذا الوجه؛ ليبين أن الكل وإن كنَّ للحم؛ فإنَّ لجواب مع ذلك مُخِلَّف، والفرس والحمار والتغل مثل البعير والبقرة».

وقال الناطقي رحمه الله في كتاب «الأجناس»: «وقد أبو يوسف رحمه الله في ذلك كله. عليه ما نقصه في جميع التهايم»^(٢).

[٤٣٩/٣] وقال فخر الدين قاضي خان رحمه الله في «شرح الجامع الصغير»: «وقد الشافعي رحمه الله: يجب التقصان؛ لأنَّ الواجب ضمان المال دون النفس، فيقتصر بتقصان المالك كما في الشاة، وأصحابنا رحمهم الله احتجوا بما روى حارثة بن زيد بن ثابت عن أبيه رحمه الله عن رسول الله ﷺ: أنه أوجب ذلك.

وروي عن عمر رضي الله عنه: أنه قضى بذلك أيضاً، فتركنا القياس بهذه الآثار في الخروير، وأخذنا بالقياس في الشاة؛ لأنَّ الشاة لا تعمل، ولا تركب، ولا يُحمل عليها، بل يُنتفع بها مالاً، فتضمن بالتقصان من غير تقدير، فأما ما ذكرنا من أن البهائم تركب، ويُحمل عليها وتعمل، لكنها عامدة لبني آدم [١٨٧/٨]، فأشبهت الإنسان من وجه، والشاة من وجه، فوجب تنصيف التقدير الواجب في الإنسان عملاً بالشبهتين، فوجب الربع بشبه الإنسان، وسقط الربع بشبه الشاة، ولأنَّ سائر

(١) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [٥١٧/ص].

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطقي [٤١٣/٢].

ولما روي «أن النبي - ﷺ - قصص في عين الدانة بزئع الفضة» وهذا
قصص عمر - ﷺ - ، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والثوب والينة
والحمل والعمل ، فمن هذا الوجه تشبه الأدمي وقد تمسك للأكل ، فمن هذا
الوجه تشبه المأكولات فعملنا باستشبهين بشبه الأدمي في إيجاب الرُّبْع وبالشبه
الآخر في نفي النصف ، ولأنه إنما يتمكن إقامة لعمل بها بأربعة أعين عيناها
وعينا لمستعمل مكانها ذات أعين أربعة فيجب الرُّبْع بفوات أحديها .

ومن سار على دابته في الطريق فصر بها رجل ، أو نحسها فنفتحت رجلا ،
أو صربتها بيدها ، أو نفرت منه ، فصدمة فقتلته ؛ كان ذلك على الناحس دون
الراكب هو المزوي عن عمر وابن مسعود - ﷺ - ، ولأن الراكب والمركب

﴿ غاية البير ﴾

لهاثم لا تعمل لبي آدم إلا بأربعة أعين : عيناها ، وعينا الأدمي الذي يستعملها ،
فصار كأن لها أربعة أعين ، فوجب في العير الواحدة رُبْع القيمة .

قال فخر الإسلام ﷺ : «والمُعْتَمِدُ هو التَّعْيِيلُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ العَيْنَيْنِ لَا تُضَمَّنَانِ
بِضَفِّ الْقِيَمَةِ» . يعني . لو كان يُعْتَمَدُ على التَّعْيِيلِ الثَّانِي : تَوَجَّبَ يَضَفُّ الْقِيَمَةَ فِي
فَقَّيْهِمَا جَمِيعًا ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ ، بَلْ يَجِبُ الْقِيَمَةُ فِيهِمَا ، وَإِذَا ثَبَتَ مَا قُلْنَا : ثَبَتَ أَنَّ
التَّعْيِيلَ لَا يَتَطَلَّبُ بِالتَّعْيِينِ لِلدَّبْحِ وَالسَّحْرِ ، فَلِذَلِكَ اسْتَوَى التَّعْيِينُ لِذَلِكَ وَعَدَمُهُ .

قوله : (ومن سار على دابته في الطريق فصر بها رجل ، أو نحسها فنفتحت رجلا ،
أو صربتها بيدها ، أو نفرت منه ، فصدمة فقتلته ؛ كان ذلك على الناحس دون الراكب)

والمسائل المذكورة من هذا الموضع إلى الباب ليست بمذكورة في «البداية» ،
وهي من مسائل «الأصل» ، ذكرها هنا تفريعا .

وقال في «الأصل» : «وإذا سار الرجل على دابته في الطريق ، فنحسها رجل ،

مَدْفُوعَانِ بِدَفْعِ النَّاجِسِ فَأُضِيفَ فِعْلُ الدَّابَّةِ إِلَيْهِ كَأَنَّهُ فَعَلَهُ بِيَدِهِ ، وَلِأَنَّ الشَّخْصَ مُتَعَدِّ
فِي تَسْبِيهِهِ وَالرَّاكِبُ فِي فِعْلِهِ غَيْرُ مُتَعَدِّ فَيَتَرَجَّحُ خَايِبُهُ فِي التَّغْرِيمِ لِلتَّعَدِّي ، حَتَّى لَوْ
كَانَ وَاقِعًا دَابَّتُهُ عَلَى الطَّرِيقِ يَكُونُ وَالنَّاجِسُ بِضَمِّينِ لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ فِي الْإِيقَافِ أَيْضًا .
وَإِنْ نَفَحَتِ النَّاجِسُ ، كَانَ دَمُهُ هَدْرًا ، لِأَنَّهُ بِمَثَرَةٍ الْحَايِي عَلَى نَفْسِهِ (وَإِنْ

نَحَاةُ الْبَابِ)

أَوْ ضَرَبَتْهَا ، فَتَفَحَّتْ (١) رَحُلًا فَقَتَلَتْهُ ؛ كَانَ ذَلِكَ عَلَى النَّاجِسِ دُونَ الرَّاكِبِ ، قَالَ
نَعَنْ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَعُمِدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ (٢) .

وَلِأَنَّ الدَّابَّةَ بِالنَّجَسِ صَارَتْ مَدْفُوعَةً عَلَى ذَلِكَ ؛ فَأُضِيفَ فِعْلُهَا إِلَى
الشَّخْصِ ، أَوْ يُقَالُ : سَبَبَ النَّاجِسُ لَذَلِكَ ، عَلَى مَعْنَى أَنَّهُ لَوْ لَا نَجَسُهُ لَمَا فَعَلَ ذَلِكَ ،
وَهُوَ مُتَعَدِّ فِيهِ ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الرَّاكِبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ .

وَلَا يُقَالُ : قَدْ قَالَ فِي هَذَا الْبَابِ قَبْلَ هَذَا : (وَقَالَ أَكْثَرُ الْمُشَايِخِ) : إِنَّ
السَّائِقَ لَا يَضْمَنُ النَّفْحَةَ) ، أَيُ : بِالرَّجُلِ وَالذَّبِّ ، وَعَلَّلَ بِأَنَّهَا لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّرُ
عَنْهُ ، فَكَانَ يَتَّبِعِي عَلَى هَذَا أَلَّا يَضْمَنَ النَّاجِسُ النَّفْحَةَ .

لَأَنَّا نَقُولُ : ذَلِكَ إِذَا كَانَ مَأْذُونًا ، أَمَّا إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا : فَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا يُمَكِّنُ
التَّحَرُّرَ عَنْهُ ، وَبَيْنَ مَا لَا يُمَكِّنُ ، بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ لِلتَّعَدِّي فِي التَّسْبِيهِ حَتَّى
لَوْ كَانَ النَّاجِسُ بِإِذْنِ الرَّاكِبِ - وَهُوَ يَسِيرُ - فَلَا ضَمَانَ فِي النَّفْحَةِ ؛ لِغَدَمِ التَّعَدِّي
لَا عَلَى النَّاجِسِ [٤٤١/٣] وَلَا عَلَى الرَّاكِبِ .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ نَفَحَتِ النَّاجِسُ ؛ كَانَ دَمُهُ هَدْرًا) .

(١) نَفَحَتِ الدَّابَّةُ الشَّيْءَ ؛ إِذَا ضَرَبَتْهُ بِخَافِرِ قَرَسِهَا ، وَفَدَ تَقَدَّمَ الْعَرِيفُ بِذَلِكَ .

(٢) يَنْظُرُ «الْأَصْلَ الْمَعْرُوفَ بِالْمَبْسُوطِ» لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الشَّيْبَانِيِّ [٥٦٠/٤] .

وَالْخَيْرُ أَخْرَجَهُ : عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي «مَنْصُوقِهِ» [١٧٨٧١ / رَقْم] ، وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي «الْمَنْصُوقِ» [رَقْم]

٢٧٩٥٨] ، عَنْ أَبِي مَسْعُودٍ (ع) .

وَذَكَرَهُ الْإِسْبَغِيُّ فِي «نَصَبِ الرِّيَاضِ» [٣٨٨/٤] ، عَنْ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ (ع) ، ثُمَّ قَالَ «غَرِيبٌ»

أَلْقَتِ الرَّائِبَ فَقَتَلَتْهُ كَانَ دِيَّتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ النَّاحِسِ (لأنه مُتَعَدٌّ فِي تَنْبِيهِهِ وَفِيهِ الدِّتَةُ [٢٦٥] عَلَى الْعَاقِلَةِ).

وَلَوْ وَتَبْتُ بِنَحْسِهِ عَلَى رَجُلٍ أَوْ وَطِئْتُهُ فَقَتَلْتُهُ كَانَ ذَلِكَ عَلَى النَّاحِسِ دُونَ الرَّائِبِ لِمَا نَبَّأَهُ، وَالْوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ وَالَّذِي يَسِيرُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ نَجِبُ الضَّمَانِ عَلَى النَّاحِسِ وَالرَّائِبِ يَضْفَيْنِ، لِأَنَّ التَّنَفَّ حَصَلَ بِثَقْلِ الرَّائِبِ وَوَطْءِ الدَّابَّةِ، وَالثَّانِي مُضَافٌ إِلَى النَّاحِسِ فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا.

وَإِنْ نَحَسَهَا بِإِذْنِ الرَّائِبِ؛ كَانَ ذَلِكَ بِمَرَلَةٍ فَعَلِ الرَّائِبُ لَوْ نَحَسَهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي نَفْحَتِهَا؛ لِأَنَّهُ أَمَرُهُ بِمَا يَمْلِكُهُ، إِذِ النَّحْسُ فِي مَعْنَى السُّوقِ فَصَحَّ أَمْرُهُ بِهِ، وَاسْتَقَلَّ إِلَيْهِ لِمَعْنَى الْأَمْرِ.

غاية البيان

قَالَ فِي «شرح الكافي»: «وَلَوْ نَفَحَبِ النَّاحِسَ؛ كَانَ دَمُهُ هَدْرًا، كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ، وَلَوْ أَلْقَتِ الرَّائِبَ مِنْ تِلْكَ النَّحْسَةِ فَقَتَلَتْهُ؛ كَانَتْ دِيَّتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ النَّاحِسِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي حَمَلَهَا عَلَى ذَلِكَ، فَصَارَ كَأَنَّهُ هُوَ الْمُؤْلَفِي إِيَّاهَا»

قَالَ [٨١٨٨] فِي «شرح الكافي»: «وَكذلك لَوْ وَتَبْتُ مِنْ نَحْسِهِ عَلَى رَجُلٍ فَقَتَلْتُهُ، أَوْ أَوْطَأْتُ رَجُلًا فَقَتَلْتُهُ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُؤْلَفِي لِلدَّابَّةِ عَلَى ذَلِكَ الَّذِي وَطِئْتُهُ، أَوْ وَتَبْتُ عَلَيْهِ، وَالْوَاقِفُ فِي مِلْكِهِ، وَالَّذِي يَسِيرُ سَوَاءٌ، لِأَنَّ مَعْنَى الْحَمْلِ لَا يَخْتَلِفُ، فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى النَّاحِسِ».

قَوْلُهُ: (وَإِنْ نَحَسَهَا بِإِذْنِ الرَّائِبِ؛ كَانَ ذَلِكَ بِمَرَلَةٍ فَعَلِ الرَّائِبُ لَوْ نَحَسَهَا، وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي نَفْحَتِهَا).

وذلك لأنه من حُمْلَةِ السُّوقِ، وَالرَّائِبُ يَمْلِكُ ذَلِكَ، فَكَذَا غَيْرُهُ بِإِذْنِهِ، وَلَمْ

ولو وطئت رَحْلاً في سِرِّهَا ، وَقَدْ نَحَسَهَا النَّاحِضُ بِإِذْنِ لِرَاكِبٍ ، فَالِدَيْهِ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا إِذَا كَانَتْ فِي قُورِهَا الَّذِي نَحَسَهَا ؛ لِأَنَّ سَيْرَهَا فِي تِلْكَ الْحَالَةِ مُصَافٌّ إِلَيْهِمَا ، وَالْإِذْنُ يَتَنَاوَلُ فِعْلَهُ مِنْ حَيْثُ السَّوْقُ وَلَا يَتَنَاوَلُهُ مِنْ حَيْثُ إِنْ تَلَافَ ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ ، وَالرُّكُوتُ وَإِنْ كَانَ عِلَّةً لِلْوُطْءِ فَالنَّاحِضُ

فَإِنَّهُمَا جَمِيعًا

يَتَقَيُّ بِعِلَّةٍ مُتَعَدِّيًا ، فَلَا يَضْمَنُ كَمَا لَوْ فَعَلَ الرَّاَكِبُ بِنَفْسِهِ

قَوْلُهُ: (وَلَوْ وَطِئَتْ رَحْلاً فِي سَيْرِهَا ، وَقَدْ نَحَسَهَا النَّاحِضُ بِإِذْنِ الرَّاَكِبِ ، فَالِدَيْهِ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا إِذَا كَانَتْ فِي قُورِهَا الَّذِي نَحَسَهَا) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ سَيْرَهَا فِي تِلْكَ الْحَالَةِ مُصَافٌّ إِلَى النَّاحِضِ وَالرَّاَكِبِ جَمِيعًا ، فَمَا حَدَّثَ مِنْ ذَلِكَ يَكُونُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاء الدِّينِ الْأَشْجَبَابِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي «شرح الكافي»: «قَالَ فِي الْكِتَابِ: لَأَنَّهُمَا الْآنَ سَاقٍ وَرَاكِبٌ ، وَالْحُكْمُ فِي لِرَاكِبٍ مَعَ السَّاقِ هَكَذَا إِذَا كَانَ السَّوْقُ بِإِذْنِهِ» .

ثُمَّ قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ: «وَفِيهِ إِشْكَالٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: إِنَّهُ إِذَا نَحَسَ بِإِذْنِهِ ، أَوْ سَاقٍ بِإِذْنِهِ ، يَنْبَغِي أَلَّا يُؤْخَذَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَقَيُّ مُتَعَدِّيًا فِي حَقِّ فِعْلِ الْوُطْءِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْقَلُ الْفِعْلُ إِلَى الرَّاَكِبِ .

قُلْنَا: إِذْنُهُ إِنَّمَا يَصْحُحُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ سَوَّقَ ، لَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَلَافَ ، فِإِذَا ظَهَرَ أَنَّ لَهُ أَثَرًا فِي مَحَلٍّ آخَرَ ؛ ثَبَتَ أَنَّهُ مُتَعَدِّ فِيهِ .

وَالثَّانِي: إِنَّ الرَّاَكِبَ صَاحِبُ عِلَّةٍ ، وَالسَّاقِ وَالنَّاحِضِ صَاحِبُ شَرْطٍ فِي حَقِّ الْحُكْمِ ، وَإِضَافَةُ الْحُكْمِ إِلَى الْعِلَّةِ أَوْلَى مِنْ إِضَافَتِهِ إِلَى الشَّرْطِ .

قُلْنَا: إِنَّمَا يَقَعُ تَرْجِيحُ الْعِلَّةِ عَلَى الشَّرْطِ إِذَا كَانَ الشَّرْطُ شَرْطُ تِلْكَ الْعِلَّةِ ، أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطُ عِلَّةٍ أُخْرَى ، وَالْعِلَّةُ فِي مَحَلٍّ آخَرَ ؛ لَا يَقَعُ بِهِ التَّرْجِيحُ ، أَلَا تَرَى أَنَّ

لَيْسَ بِشَرْطٍ لِهَذِهِ الْعِلَّةِ بَلْ هُوَ شَرْطٌ أَوْ عِلَّةٌ لِلسَّيْرِ وَالسَّيْرِ عِلَّةٌ لِلْوُطءِ وَبِهَذَا لَا يَتَرَجَّعُ صَاحِبُ الْعِلَّةِ، كَمَنْ جَرَحَ إِنْسَانًا فَوَقَعَ فِي بَيْتٍ حَقَرَهَا غَيْرُهُ عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَمَاتَ فَالِدِيَّةُ عَلَيْهِمَا لِمَا أَنَّ الْحَقَرَ شَرْطٌ عِلَّةٌ أُخْرَى دُونَ عِلَّةِ الْجُرْحِ كَذَا هَذَا.

✽ عناية الربيان ✽

مَنْ حَرَحَ إِنْسَانًا ثُمَّ سَقَطَ الْمَحْرُوحُ فِي الْبُيْرِ فَمَاتَ بِالسَّقُوطِ وَالْجَرْحِ جَمِيعًا، يَجِبُ الدِّيَّةُ عَلَيْهِمَا، وَلَا يُقَالُ: أَحَدُهُمَا صَاحِبُ عِلَّةٍ، وَالْآخَرُ صَاحِبُ شَرْطٍ، لِمَا أَنَّ الْجَرْحَ عِلَّةٌ فِي مَحَلٍّ، وَالْحَفَرُ شَرْطٌ عِنْدَ فِي مَحَلٍّ آخَرَ.

وهاهنا كذلك ، فَإِنَّ الرُّكْتَ صَاحِبُ عِلَّةٍ فِي نَفْسِ لَوْطٍ عَلَى [مَعْنَى] ^(١) أَنَّهُ
مُسْتَعْمَلٌ لِرَجُلٍ الدَّابَّةِ فِي الْوَضْعِ وَالذَّفْعِ ، فَصَارَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ فِعْلِ رَجُلِهِ حَقِيقَةً ، إِذْ
رَجُلُ الدَّابَّةِ أَلَا مَخْصَصَةٌ بِمَنْزِلَةِ سَائِرِ آلَاتِ عَمَلِهِ ، وَالنَّاحِصُ لَيْسَ بِمُحْصَلٍ شَرْطَ
تِلْكَ الْعِلَّةِ ، بَلْ هُوَ مُحْصَلٌ شَرْطُ السَّيْرِ ، وَالسَّيْرُ عِلَّةُ الْوَطْءِ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مُحْصَلٍ
عِلَّةِ الْعِلَّةِ ، وَالْحُكْمُ لَا يَمْتَنِعُ إِضَافَتُهُ إِلَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ مَعَ كَوْنِهِ مَصَافًا إِلَى
حَقِيقَةِ الْعِلَّةِ ، فَلِهَذَا أَوْجَبْنَا الدِّيَّةَ عَلَى عَاقِلَتِهِمَا .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأسديّ جابيّ رحمته في «شرح الكافي»: «إنه هل يرجع التاجر والسائق على الرّكّاب؟ إذا فعل ذلك [١٠/٣٤٤ ط] بإذنه ينبغي أن يرجع، لأنه فعل بأمره، والأمر صحيح ظاهرًا، فيرجع بوبال فعله على غيره كالمودع ونحوه، وقيل: لا يرجع».

قَالَ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» رحمته : (وَهُوَ الْأَصَحُّ فِيمَا أَرَادَ) ، أَي : فِيمَا أَطْلَعَهُ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالنَّحْسِ لَا بِالْإِطَاءِ ، وَقَدْ يَنْفَصِلَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُ مِنْ وُجُودِ النَّحْسِ وَجُودُ الْإِطَاءِ لَا مَحَالَةً ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا بِسْتَمْسِكِ عَلَى الدَّابَّةِ بِتَشْيِيرِ الدَّابَّةِ ،

(١) ما بين المحفوظين: زيادة من: (ن)، و(غ)، و(د)، و(م)، و(ا).

ثُمَّ قِيلَ: يَرْجِعُ لِنَاحِسٍ عَلَى الرَّائِبِ بِمَا ضَمِنَ فِي الْإِيطَاءِ لِأَنَّهُ قَعَهُ بِأَمْرِهِ. وَقِيلَ: لَا يَرْجِعُ وَهُوَ الْأَصَحُّ فِيمَا أَرَاهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالْإِيطَاءِ وَالنَّحْسِ يَنْفَصِلُ عَنْهُ، وَصَارَ كَمَا إِذَا أَمَرَ صَبِيًّا يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ بِتَسْيِيرِهَا فَوَطِئَتْ إِنْسَانًا وَمَاتَ حَتَّى صَمَّنَ عَاقِلَةً الصَّبِيِّ فَإِنَّهُمْ لَا يَرْجِعُونَ عَلَى الْأَمْرِ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

فَوَطِئَتْ الدَّابَّةُ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ؛ يَنْزِمُ الدَّابَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَلَا يَرْجِعُونَ بِهَا عَلَى الْأَمْرِ؛ لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالتَّسْيِيرِ لَا بِالْإِيطَاءِ، وَهُمَا مُتَفَصِّلَانِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِغِيَّ رحمته الله فِي «شرح الكافي» فِي بَابِ جِمَايَةِ الصَّبِيِّ: «وَإِذَا حَمَلَ الرَّجُلُ الصَّبِيَّ الْحُرَّ عَلَى دَابَّةٍ، وَقَدْ لَهُ: امْسِكْهَا لِي، وَلَيْسَ مِنْهُ بِتَسْيِيرٍ، فَسَقَطَ لِصَّبِيِّ عَنِ الدَّابَّةِ فَمَاتَ؛ فَالرَّجُلُ ضَامِنٌ لِدَبَّتِهِ عَلَى عَاقِلَتِهِ، سَوَاءً كَانَ صَبِيًّا يَرْكَبُ مِثْلَهُ، أَوْ لَا يَرْكَبُ مِثْلَهُ؛ لِأَنَّ الْحَامِلَ سَبَبٌ بِقَتْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَا حَمْلُهُ لَمَا سَقَطَ وَهُوَ مُتَعَدٌّ فِي ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِسَبِيلٍ مِنْهُ شَرَعًا، وَالْمُسْتُ كَالْمُبَشِّرِ فِي هَذَا الْبَابِ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا، أَصْلُهُ: حَافِزُ السَّيْرِ.

وَلَوْ سَارَ الصَّبِيُّ فَأَوْصَا إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ، وَهُوَ يَسِيرُ عَلَى الدَّابَّةِ يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ؛ فِدْيَةُ الْقَتِيلِ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ لِأَنَّهُ أَحْدَثَ السَّيْرَ بِغَيْرِ أَمْرِ الرَّجُلِ، يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي تَسْيِيرِ الدَّابَّةِ، وَهَذَا شَيْءٌ حَدَثَ بِسَيْرِ الدَّابَّةِ، وَهُوَ مُصَافٌ إِلَى الصَّبِيِّ لَا إِلَى الْحَامِلِ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَيْسَ بِسَبَبٍ بِسَيْرِ الدَّابَّةِ، وَلَوْ كَانَ سَبَبٌ فَقَدْ اعْتَرَضَ عَلَيْهِ فَعَلٌ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ، فَانْقَطَعَ نِسْبَةُ أَثَرِ السَّيْرِ مِنْهُ.

وَلَوْ كَانَ الصَّبِيُّ لَا يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ، وَلَا يُسِيرُ الدَّابَّةَ، قَدِمَ الْقَتِيلُ هَذَرًا؛ لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ لَا يُضَافُ إِلَيْهِ، وَلَا إِلَى الْحَامِلِ، فَصَارَ قَتِيلُ الدَّابَّةِ، فَيَهْدَرُ دَمُهُ، وَلَوْ كَانَ الصَّبِيُّ مُسْتَمْسِكًا عَلَيْهَا، أَوْ غَيْرَ مُسْتَمْسِكٍ، فَسَارَتِ الدَّابَّةُ فَوَقَعَ الصَّبِيُّ، وَهُوَ يَسِيرُ فَمَاتَ؛ فِدْيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي حَمَلَهُ؛ لِأَنَّ السَّقُوطَ مِنْ مُسَبِّبَاتِ الْحَمْلِ

بِالتَّشْيِيرِ وَالْإِيطَاءِ يَنْفَصِلُ عَنْهُ ، وَكَذَا إِذَا نَاولَهُ سِلَاحًا فَقَتَلَ بِهِ آخَرَ حَتَّى ضَمِنَ ؛ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْأَمْرِ .

ثُمَّ النَّاخِسُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا كَانَ الْإِيطَاءُ عَلَى قَوْرِ النَّخْسِ حَتَّى يَكُونَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَيْهِ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي قَوْرِ ذَلِكَ فَالضَّمَانُ عَلَى الرَّائِبِ لِانْقِطَاعِ أَثَرِ النَّخْسِ فَبَقِيَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَى الرَّائِبِ عَلَى الْكَمَالِ .

«حَايَةُ الْبَيَانِ»

سَارَ أَوْ لَمْ يَسِرْ ، فَتُسَبَّبُ إِلَى لِحْمَلِ بَشْرَطِ التَّعَدِّيِّ . وَالْبَاقِي يُعْلَمُ فِي «شرح الكافي» .
قَوْلُهُ : (وَكَذَا إِذَا نَاولَهُ سِلَاحًا فَقَتَلَ بِهِ آخَرَ حَتَّى ضَمِنَ ؛ لَا يَرْجِعُ عَلَى عَاقِلَةٍ الْأَمْرِ) .

قَالَ شَيْخُ [١٨٩، ٨] الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِيَجَابِيُّ ﷺ فِي «شرح الكافي» :
«وَلَوْ أَمَرَ رَجُلٌ صَبِيًّا فَقَتَلَ رَجُلًا ؛ كَانَتْ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةٍ لَصَبِيٍّ ، لِتَحَقُّقِ الْقَتْلِ مِنْهُ ، وَهِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ ؛ لِأَنَّ عَمْدَهُ وَخَطَأَهُ سَوَاءٌ ، وَيَرْجِعُونَ بِهِ عَلَى عَاقِبَةِ الْأَمْرِ ؛ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا أَوْقَعُوا فِي هَذَا الضَّمَانِ بِسَبَبِ أَمْرِهِ ، وَلَوْ لَا أَمْرُهُ لَمَا نَاشَرَ الصَّبِيُّ هَذَا الْأَمْرَ» .

ثُمَّ قَالَ فِي «شرح الكافي» : «وَإِذَا أُعْطِيَ الرَّجُلُ الصَّبِيُّ عَصَى أَوْ سِلَاحًا ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِشَيْءٍ ، فَعَطِبَ الصَّبِيُّ بِذَلِكَ ؛ فَضَمَانُهُ عَلَى عَاقِبَةِ الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِهَلَاكِهِ ، فَلَوْلَا دَفْعُهُ الْآلَةَ الْقَاتِلَةَ لَمْ يَعْطِبْ بِهِ ، وَالدِّيَّةُ تَجِبُ بِالسَّبَبِ الْمُحْضَرِ ، كَمَا تَجِبُ بِالْمُبَاشَرَةِ ، وَإِنْ قَتَلَ الصَّبِيُّ نَفْسَهُ بِذَلِكَ ، أَوْ قَتَلَ بِهِ رَجُلًا ؛ لَمْ يَضْمَنْ الدَّافِعُ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي اسْتِعْمَالِ هَذِهِ الْآلَةِ ، فَلَا يُضَافُ اسْتِعْمَالُهُ إِلَى الدَّافِعِ ، فَكَذَلِكَ أَثَرُهُ» .

قَوْلُهُ : (ثُمَّ النَّاخِسُ إِنَّمَا يَضْمَنُ إِذَا [١٨٩، ٣] كَانَ الْإِيطَاءُ عَلَى قَوْرِ النَّخْسِ حَتَّى يَكُونَ السَّوْقُ مُضَافًا إِلَيْهِ) .

قَالَ الْكَرَّجِيُّ ﷺ فِي «مختصره» : «وَلَا يَكُونُ عَلَى النَّاخِسِ ضَمَانٌ حَتَّى يُعْلَمَ

ومن قاد دابة فحسها رجلٌ ، فأنفلتت من يد القائد فأصابته في
مورها ، فهو على الناحس وكذا إذا كان لها سائق فحسها غيره ؛ لأنه مضاف
إليه .

والناحس إذا كان عبداً ، فالضمان في رقبته كان صبيها ففي ماله لأنهما
مؤاحدان بأفعالهما ، ولو نخسها شيء منصوب على الطريق ، ففحش إنسان
فقننته ؛ فالضمان على من نصب ذلك الشيء ؛ لأنه متعدي يشغل الطريق فأضيف
إليه كانه نخسها بفعله ، والله أعلم .

غاية البيان

أن الذي أصابته كانت في فورها الذي نخس فيه ^(١) .

قوله : (ومن ^(٢) قاد دابة فحسها رجلٌ ، فأنفلتت من يد القائد فأصابته في
فورها ، فهو على الناحس) . وذلك لأن الانفلات أثر فعل الناحس ، وهو شرط
التلف فيما أصابته في فورها ، وهو متعدي فيضمن ، وكذا إذا كان له سائق فحسها
غيره بغير إذنه ؛ يجب الضمان على الناحس لا غيره ، فلو أمره القائد أو السائق
بالنخس ؛ فلا ضمان على أحد لعدم التعدي ، وبه صرح في «شرح الكافي» .

قوله : (والناحس إذا كان عبداً ، فالضمان في رقبته) ، أي : في رقبته العبد ؛
لأنه كالحبابة بيده يدفعه مولاه ، أو يقدي كما هو الأصل في جنائياته ، ولو كان
الناحس صبيها فهو كالرجل ؛ لأنه يؤخذ بأفعاله كالبالغ .

قوله : (ولو نخسها شيء منصوب على الطريق ، ففحش إنساناً فقننته ؛
فالضمان على من نصب ذلك الشيء) ، وذلك لأنه بالنصب حصل شرط التلف ؛
لأنه لو لا هذا لما نفخت الدابة ، وهو متعدي فيه ، فيؤخذ به .

(١) بظر «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤١/داماد]

(٢) وقع في الأصل «قال : ومن» - والمثبت من «ن» ، و«ن» ، و«ع» ، و«م» .

عبد البهيمة

قَالَ فِي «شرح الكافي»: «وَإِذَا كَانَ الرَّجُلُ يَسِيرُ عَلَى الدَّابَّةِ فِي الطَّرِيقِ، وَأَمَرَ عَبْدَ غَيْرِهِ بِتَخَسُّسِ دَابَّتِهِ، فَتَفَحَّصَتْ، فَلَا ضَمَنَ عَلَى وَاحِدٍ مَهُمَا، كَأَنَّهُ تَخَسَّسَ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ وَطِئَتْ فِي قَوْرِهَا ذَلِكَ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ؛ فَعَلَى عَاقِلَةِ الرََّاكِبِ يَصِفُ الدُّبَّةَ، وَفِي عُنُقِ الْعَبْدِ يَصِفُ الدُّبَّةَ يَدْفَعُهُ مَوْلَاهُ بِهِ أَوْ يَفْدِيهِ [١٨٩/٨]، ثُمَّ يَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ عَلَى الَّذِي أَمَرَهُ بِالتَّخَسُّسِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ أَمَرَهُ بِالسُّوقِ أَوْ بِالْقَوْدِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَعْمَلَهُ فِي أَمْرٍ، فَعَمِلَ بِأَمْرِهِ؛ صَارَ غَاصِبًا لِتَأْهِ، وَقَدْ لَحِقَهُ ضَمَنٌ، فَيَرْجِعُ مَوْلَاهُ بِذَلِكَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ أَنْ يَرُدَّهُ إِلَيْهِ سَلِيمًا، وَقَدْ رَدَّهُ مَشْغُولًا، فَلَا يَكُونُ رَادًّا مَعْنَى، فَهَذَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِمَّا فَدَا، وَلَوْ كَانَ الرََّاكِبُ عَبْدًا، فَأَمَرَ عَبْدًا آخَرَ فَسَاقَ دَابَّتَهُ، فَأَوْطَأَتْ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ؛ فَالِدُّبَّةُ عَلَى أَعْنَاقِهِمَا يَصِفَتَانِ؛ لِأَنَّ التَّنْفَ مُضَافٌ إِلَيْهِمَا.

وَلَا شَيْءَ عَلَى الرََّاكِبِ فِيمَا أَمَرَ بِهِ إِذَا كَانَ مُحْجُورًا عَلَيْهِ حَتَّى يَغْتَبِقَ، فَيَكُونُ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْمَامُورِ؛ لِأَنَّ الْمُحْجُورَ لَا يُؤَاخَذُ بِأَقْوَالِهِ، [لَأَنَّهُ لَا] ^(١) يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ فِي حَقِّ الصَّوْلِيِّ، فَلَا يُؤَاخَذُ بِهِ حَتَّى يَغْتَبِقَ، وَلَوْ كَانَ تَاجِرًا، أَوْ مُكَاتَّبًا أَخَذَ بِهِ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ أَنْ يَلْزَمَهُمَا حُكْمُ الْأَقْوَالِ.



(١) رفع في الأصل: «ولا»، والمثبت من: «ن»، «ولا»، «ولا»، «ولا»، «ولا»، «ولا»، «ولا».

بَاب

جِنَايَةُ الْمَمْلُوكِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ

قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً خَطَأً، قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا، أَوْ تَقْدِمَهُ.

— فُلَايَةُ السَّيَالِ —

بَاب

جِنَايَةُ الْمَمْلُوكِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ

لَمَّا قَرَعَ مِنْ جِنَايَةِ الْمَالِكِ - وَهُوَ الْحُرُّ -: شَرَعَ فِي جِنَايَةِ الْمَمْلُوكِ، وَأَحْرَ ذَكَرَهَا لِأَنَّهُ خَطَأٌ رُتِبَ الْمَمْلُوكُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً خَطَأً، قِيلَ لِمَوْلَاهُ: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ بِهَا، أَوْ تَقْدِمَهُ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا جَنَى عَبْدٌ عَلَى حُرٍّ، أَوْ عَلَى عَبْدٍ جِنَايَةً خَطَأً فِي نَفْسٍ، أَوْ فِيمَا دُونَهَا، يَقْلُ أَرْشُهَا، أَوْ يَكْثُرُ؛ فَدَلَنَ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ الْجَانِي بَيْسٌ فِي ذِمَّةِ الْمَوْلَى مِنْهُ شَيْءٌ، وَيُقَالُ لِلْمَوْلَى: ادْفَعْهُ بِجِنَايَتِهِ، أَوْ أَقْلِهِ بِجَمِيعِ أَرْشِ الْجِنَايَةِ، قَلِيلًا كَانَ الْأَرْشُ أَوْ كَثِيرًا بَالِغًا مَا بَلَغَ»^(٢). إِلَى [٤١٣ ط] هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي «شَرْحِهِ»: «وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ: يُبَاعُ فِيهَا إِلَّا أَنْ يَقْدِمَهُ الْمَوْلَى»^(٣).

وَذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبَغِيُّ رحمه الله فِي «الشَّرْحِ الْكَافِي»: «مَذْهَبُ مَالِكٍ رحمه الله كَذَلِكَ.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٩٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/دأمد].

(٣) ينظر: «الأم» للثعالبي [٤١/٧]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [٥٠/٨].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: جَنَائَتُهُ فِي رَقَّتِهِ يُبَاعُ فِيهَا إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ الْمَوْلَى الْأَرْضَ، وَفَائِدَةُ الْإِخْتِلَافِ فِي اتِّبَاعِ الْجَانِي بَعْدَ الْعِتْقِ. وَالْمَسْأَلَةُ مُخْتَلِفَةٌ بَيْنَ الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم.

«نهاية البيان»

وَقَالَ: قَالَ مَالِكٌ. «يَجِبُ ذَلِكَ فِي عُنُقِ الْعَبْدِ يُبَاعُ بِهِ إِلَّا أَنْ يَقْضِيَ السَّيِّدُ»^(١).

وَقَالَ الْخِرَقِيُّ رضي الله عنه فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ فَقَسَى سَيِّدُهُ أَنْ يَقْدِرَهُ، أَوْ يُسَلِّمَهُ، فَإِنْ كَانَتْ لِحَبِيَّةٍ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ، لَمْ يَكُنْ عَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَقْدِرَهُ بِأَكْثَرٍ مِنْ قِيَمَتِهِ»^(٢).

وَقَالَ^(٣) فِي «إِشَارَاتِ الْأَسْرَارِ»: «جِنَايَةُ الْعَبْدِ إِذَا أَوْجَبَتْ مَالًا، كَانَ مُوَجِّهُهُ الدَّفْعُ، وَلَهُ أَنْ يَتَخَلَّصَ بِلِقْدَاءِ».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: «يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ وَيُبَاعُ فِيهِ، كَمَا فِي ضَمَانِ الْإِسْتِهْلَاكِ [١٩٠ هـ] فِي الْأَمْوَالِ»^(٤). وَالْخِلَافُ يَطْهَرُ فِي اتِّبَاعِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ عِنْدَ الْخَصْمِ.

وَجَهُ قَوْلِ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رضي الله عنهما: أَنَّ الْأَصْلَ فِي ضَمَانِ الْإِتْلَافِ: أَنَّ يَجِبَ عَلَى الْمُتْلِفِ، وَإِنَّمَا وَجَتْ فِي الْأَحْرَارِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، بِخِلَافِ الْقِيَاسِ، وَهَذَا لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ؛ لِأَنَّ الْعَنْدَ لَا عَاقِلَةَ لَهُ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْجَانِي، فَيُبَاعُ فِيهَا، وَيُسْتَوْفَى الْبَاقِي بَعْدَ الْعِتْقِ.

وَلَنَا: مَا رَوَى أَصْحَابُنَا رضي الله عنهم فِي كُتُبِهِمْ كَالْقُدُورِيِّ وَغَيْرِهِ: عَنْ أَبِي عَبَّاسٍ رضي الله عنه

(١) ينظر «مواهب الجليل» للحطاب [٢٦٥/٦]، و«منح الجليل» للعَلَّيش [١٦٧/٩].

(٢) ينظر: «مختصر الخرقى» [ص/١١٨].

(٣) الحق بغده مصححاً في حاشية الأصل: «الكرخي» وسم يثبت في أي من النسخ. وهو خطأ، فكتاب

«إشارات لأسرار» لركن الدين عبد الرحمن بن محمد كزمايى، كما في «كشف الظنون»

[٨١/١]. و«هدية العارفين» للبغددي [٥١٩/١].

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٤١/٧]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [٥٠/٨].

لَهُ أَنْ الْأَصْلَ فِي مُوجِبِ الْجِنَايَةِ أَنْ يَجِبَ عَلَى الْمُتَلِفِ لِأَنَّهُ هُوَ الْجَانِي.
لَا أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَتَحَمَّلُ عَنْهُ، وَلَا عَاقِلَةَ لِلْعَبْدِ لِأَنَّ الْعَقْلَ عِنْدِي بِالْفَرَاغَةِ وَلَا قَرَانَهُ

﴿شبهة لبيان﴾

أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا جَنَى الْعَبْدُ، إِنْ شَاءَ دَفَعَهُ، وَإِنْ شَاءَ فَدَاهُ» (١).

وَعَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: «عَبِيدُ لِنَاسٍ أَمْوَالُهُمْ، وَجِنَايَتُهُمْ فِي قِيَمَتِهِمْ»
وَعَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِثْلُهُ.

وَلِأَنَّ هَذِهِ جِنَايَةٌ خَطِيئَةٌ، فَيَكُونُ مُوجِبُهَا عَلَى مَنْ يَنْصُرُهُ قِيَاسًا عَلَى الْحُرِّ، وَهَذَا
لِأَنَّ الشَّرْعَ إِنَّمَا أَوْجَبَ فِي جِنَايَةِ الْحُرِّ عَلَى الْعَاقِلَةِ نَظْرًا لِلخَاطِئِي، لِعَجْزِهِ عَنْ أَدَاءِ
مَا لَزِمَهُ لِكَثْرَتِهِ، فَحَمَلَ (٣) الدُّيَّةَ، وَالزَّمَهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ تَخْفِيفًا [لَهُ] (٤)؛ لِأَنَّهُمْ أَمْرُ
نُصْرَتِهِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَوْجُودٌ هُنَا أَيْضًا؛ لِأَنَّ عَجْزَ الْعَبْدِ أَظْهَرُ مِنْ عَجْزِ الْحُرِّ،
وَالْمَوْلَى يَتَحَمَّلُ عَنْهُ عَادَةً مَا يُثَرِّتُهُ طَرِيقِ النُّصْرَةِ، إِلَّا أَنَّا لَمْ نُلْزِمِ الضَّمَانَ عَلَى
الْمَوْلَى حَتْمًا؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا لَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ وَاحِدٌ كَالْجَنِيِّ، فَجَعَلْنَا الْمَوْلَى
مُخَيَّرًا: فَإِنْ شَاءَ دَفَعَهُ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْجِنَايَةِ، وَإِنْ شَاءَ فَدَاهُ تَخْفِيفًا لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّ فِي
التَّخْيِيرِ تَوْعُّجَ تَخْفِيفٍ.

ثُمَّ إِذَا دَفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ، أَوْ خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ سَقَطَتِ الْمَصَالَةُ كَجِنَايَةِ
الْعَبْدِ، وَلِأَنَّ الْمَوْلَى إِنَّمَا يُطَالَبُ بِالْجِنَايَةِ لِأَجْلِ مِلْكِهِ، فَإِذَا أَسْقَطَ حَقَّهُ عَنْهُ؛ زَالَتْ
الْمُطَالَبَةُ، كَالْوَارِثِ إِذَا خَلَّى بَيْنَ الْغُرَمَاءِ وَبَيْنَ التَّرَكَةِ، وَكَذَا إِذَا قَدَى نَسَقُطُ
الْمُطَالَبَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ بِلَوْلِي الْجِنَايَةِ إِلَّا فِي الْأَرْضِ، فَإِذَا اسْتَوْفَاهُ سَقَطَ حَقُّهُ.

(١) لم يقف عليه من قول ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وإنما وَقَفَ عليه من قول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وذلك فيما أخرج من

أبي شيبة في «المصنف» [رقم ٢٧١٧٩]، من طريق الشعبي عن الحارث عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ به نحوه

(٢) لم يقف عليه مسدداً. وقد ذكره السرخسي في «المبسوط» [٤٤/٢٧].

(٣) وقع في الأصل: «الكثرة تحمل». والمثبت من: «ن»، و«فا»، و«ع»، و«لام»، و«ر»

(٤) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، و«ع»، و«فا»، و«لام»، و«ر».

بَيْنَ الْعَبْدِ وَمَوْلَاهُ فَتَجِبُ فِي ذِمَّتِهِ كَمَا فِي الدِّينِ ^(١) وَيَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ كَمَا فِي الْجَنَائَةِ عَلَى الْمَالِ.

وَلَنَا أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْجَنَائَةِ عَلَى الْأَدَمِيِّ حَالَةَ الْخَطَرِ أَنْ تَتَبَاعَدَ عَنِ الْجَنَائِي تَعَرُّراً عَنْ اسْتِثْصَالِهِ وَالْإِجْحَافِ بِهِ، إِذْ هُوَ مَعْدُورٌ فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَتَعَمَّدِ الْجَنَائَةَ،

غاية البيان

وقد اختلف مشايخنا رحمهم الله في الموجب الأصلي، قال بعضهم: الواجب الأصل هو العداء، واختاره شيخ الإسلام علاء الدين الأنسجاني رحمهم الله في الشرح الكافي؛ لأن الأصل هو ضمان المتلف، ولكن الدفع محلص عنه.

وقال بعضهم: إنه الدفع، وإليه قال [٤٤٢/٣] صاحب «الهداية»، وصاحب «الإشارات» رحمهم الله، بدليل أن المطالبة تسقط عن المولى إذا مات العبد قبل اختيار المولى الفداء، فلو لم يكن الواجب الأصل هو الدفع؛ لم تسقط المطالبة.

قوله: (كَمَا فِي الدِّينِ)، يعني: يجب ضمان حناية العبد في النفس في ذمته، كما يجب الدين في ذمته.

[وفي بعض النسخ: «كَمَا فِي الذَّمِّي» ^(٢)]. يعني: أن جنابة العبد خطأ تجب في ذمته ^(٣)، كما [تجب] ^(٣) في الذمي إذا جنى؛ يجب في ذمته لا على [١٩٠/٨ م] عاقبته؛ لأن الأصل في الجنابة أن يجب على المتلف.

وهذه النسخة أصح النسخين؛ لأن مصنف اشتغل بجواب هذه، حيث قال بحلاف الذمي؛ لأنهم لا يتعاقلون فيما بينهم. أي لا يتناصرون، فلا عاقلة له [إذن] ^(٣)؛ لأن العقل بالضرورة.

قوله: (وَالْإِجْحَافِ بِهِ)، أي: الإضرار به.

(١) في حاشية الأصل: «ح: الذمي»

(٢) أشد إليه المولى أيضاً في حاشية اسحة التي يحطه من «الهداية» [٢/٢٦٦ ق ١/مخطوط مكتبة رياض الله أفندي - تركيا].

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ح»، «ع»، «و»، «د»، «م»، «و».

وَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي إِذَا كَانَ لَهُ عَاقِلَةٌ، وَالْمَوْلَى عَاقِلَتُهُ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَسْتَنْصِرُ بِهِ، وَالْأَضْلُ فِي الْعَاقِلَةِ عِنْدَنَا النُّصْرَةُ حَتَّى تَجِبَ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّوَانِ بِخِلَافِ الذَّمِّيِّ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَعَاقِلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فَلَا عَاقِلَةَ فَتَجِبُ فِي دِمَّتِهِ صِيَانَةٌ لِلدَّمِ عَنِ الْهَدْرِ، وَبِخِلَافِ الْجَنَائَةِ عَلَى الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْعَوَاقِلَ لَا تَعْقِلُ الْمَالَ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ وَاحِدٌ، وَهِيَ إِبْتِثَاتُ الْخَيْرَةِ نَوْعٌ تَخْفِيفٍ فِي حَقِّهِ كَيْ لَا يُسْتَأْصَلَ، غَيْرَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ هُوَ الدَّفْعُ فِي الصَّحِيحِ، وَلِهَذَا يَنْسَقُطُ الْمُوجِبُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ لِقَوَاتِ مَحَلِّ الْوَاجِبِ وَإِنْ كَانَ لَهُ حَقُّ النُّقْلِ إِلَى الْفِدَاءِ كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ، بِخِلَافِ مَوْتِ الْجَانِي الْحُرِّ؛ لِأَنَّ [٢٦٦/ط] الْوَاجِبَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْحُرِّ اسْتِيفَاءً فَصَارَ كَالْعَبْدِ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ.

غاية لبيان

قوله: (إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ وَاحِدٌ)، وهو استثناء من قوله: (وَالْمَوْلَى عَاقِلَتُهُ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَسْتَنْصِرُ بِهِ)، بيانه: أَنَّ ضَمَانَ جِنَايَةِ الْحُرِّ إِنَّمَا وَجِبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ تَخْفِيفًا عَلَى الْجَانِي؛ لِأَنَّهُ خَاطِئٌ لَا عَامِدٌ، وَهَاهُنَا فِي جِنَايَةِ الْعَبْدِ خَيْرٌ الْمَوْلَى بَيْنَ دَفْعِهِ، وَبَيْنَ الْفِدَاءِ تَخْفِيفًا أَيْضًا؛ لِأَنَّ فِي التَّخْيِيرِ نَوْعٌ تَخْفِيفٍ أَيْضًا؛ لِأَنَّ فِي تَعْيِينِ أَحَدِ الْأَمْرَيْنِ تَضْيِيقًا لَا مَحَلَّةَ، وَطَرِيقُ التَّخْفِيفِ فِي التَّخْيِيرِ؛ لَكُونَ الْمَوْلَى وَاحِدًا بِخِلَافِ التَّخْفِيفِ فِي الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِتَقْسِيمِ الدِّيَّةِ عَلَيْهِمْ لَكَثَرَتِهِمْ. قوله: (كَمَا فِي مَالِ الزَّكَاةِ)، يَعْنِي: أَنَّ الْعَبْدَ الْجَانِي إِذَا هَلَكَ قَبْلَ اخْتِيَارِ الْمَوْلَى الْفِدَاءِ؛ يَنْسَقُطُ مُوجِبُ جِنَايَتِهِ، كَمَا فِي الزَّكَاةِ إِذَا هَلَكَ بَعْدَ حَوْلَانِ الْحَوْلِ؛ يَنْسَقُطُ الْوَاجِبُ، وَإِنْ كَانَ لِمُصَاحِبِ الْمَالِ وَلَايَةُ أَدَاءِ الزَّكَاةِ مِنْ مَالٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ مَحَلَّ الْوَجُوبِ فَاتٌ.

قوله: (بِخِلَافِ مَوْتِ الْجَانِي الْحُرِّ)، يَعْنِي: أَنَّ بِمَوْتِ الْعَبْدِ الْجَانِي يَنْسَقُطُ الْمُوجِبُ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ يَتَعَلَّقُ بِهِ اسْتِيفَاءً، حَيْثُ يُدْفَعُ فِي الْجِنَايَةِ، بِخِلَافِ مَوْتِ الْجَانِي الْحُرِّ، حَيْثُ لَا يَنْسَقُطُ مُوجِبُ جِنَايَتِهِ عَنِ الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ لَمْ يَتَعَلَّقْ

قَالَ: فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكُهُ وَلِيَّ الْجَنَابَةِ، وَإِنْ قَدَّاهُ فِدَاهُ بِأَرْضِهَا وَكُلَّ ذَلِكَ يَلْزَمُ حَالًا

أَمَّا الدَّفْعُ فَلِأَنَّ التَّأْجِيلَ فِي الْأَعْيَانِ بَاطِلٌ وَعِنْدَ اخْتِيَارِهِ: الْوَاجِبُ عَيْنٌ.

غاية البيان

بِدَمَّةٍ لِحَنِي اسْتِيفَاءً، فَصَارَ مَوْتُهُ كَمَوْتِ عَبْدٍ الْحِدْمَةِ فِي صَدَقَةِ الْفَطْرِ بَعْدَ طُلُوعِ الصَّحْرِ مِنْ يَوْمِ السَّحْرِ، حَيْثُ لَا تَسْقُطُ صَدَقَةُ الْفَطْرِ عَنِ الْمَوْلَى.

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ دَفَعَهُ مَلَكُهُ وَلِيَّ الْجَنَابَةِ، وَإِنْ قَدَّاهُ فِدَاهُ بِأَرْضِهَا)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، يَعْنِي: كَانَ يُقَالُ لِمَوْلَى الْعَبْدِ فِي جَنَابَتِهِ خَطَأً أَدَفَعَهُ أَوْ قَدَّاهُ، فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ مَلَكُهُ، وَسَقَطَتِ الْمُطَالَةُ عَنِ الْمَوْلَى، وَإِنْ قَدَّاهُ بِأَرْضِ الْجَنَابَةِ قَلِيلًا كَانَ الْأَرْضُ أَوْ كَثِيرًا، وَسَقَطَتِ الْمُطَابَةُ أَيْضًا، وَقَدْ مَرَّ قَبْلَ هَذَا، فَأَيْتُهُمُ اخْتَارَ الْمَوْلَى مِنَ الدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ، يَلْزَمُهُ حَالًا، أَمَّا إِذَا اخْتَارَ الدَّفْعَ فَطَهَرَ؛ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ فِي الْأَعْيَانِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ التَّأْجِيلَ إِنَّمَا يُشْرَعُ لِلتَّحْصِيلِ تَرْفِيهًا، وَتَحْصِيلُ الْحَاصِلِ مُحَالٌ.

وَأَمَّا إِذَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْفِدَاءَ يَدْرُ عَنِ الْعَبْدِ فِي الشَّرْعِ، فَكَانَ قَائِمًا مَقَامَهُ [٨/١٩١م]، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُسَمَّى فِدَاءً، وَهُوَ مَا يُسْتَنْقَذُ بِهِ الشَّيْءُ، فَيَقُومُ مَقَامَهُ، فِذَا كَانَ الْفِدَاءُ قَائِمًا مَقَامَ الْعَبْدِ [٣/٤٤٦ط]؛ أَخَذَ حُكْمَهُ، فَلَمْ يَصِحَّ التَّأْجِيلُ فِي الْفِدَاءِ، كَمَا لَمْ يَصِحَّ فِي الدَّفْعِ.

غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ: أَنَّ الْفِدَاءَ يُقَدَّرُ بِالْأَرْضِ قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا، وَهَذَا لَا يَمْنَعُ أَنْ يَكُونَ بَدَلًا عَنِ الْعَبْدِ قَائِمًا مَقَامَهُ.

قَوْلُهُ: (وَعِنْدَ اخْتِيَارِهِ: لَوَاجِبُ عَيْنٌ)، أَي: وَعِنْدَ اخْتِيَارِ الْمَوْلَى الدَّفْعِ الْوَاجِبُ عَيْنٌ وَهُوَ الْعَبْدُ، فَلَا جَرَمَ وَجِبَ الدَّفْعُ حَالًا.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٩٠]

وَأَمَّا الْفِدَاءُ فَلِأَنَّهُ جَعَلَ بَدَلًا عَنِ الْعَبْدِ فِي الشَّرْعِ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا بِالْمُتَلَفِ
وَلِهَذَا سُمِّيَ فِدَاءً فَيَقُومُ مَقَامَهُ وَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَلِهَذَا وَحَبَّ حَالًا كَالْمُبَدَّلِ وَاتَّهِمَا
اخْتَارَهُ وَفَعَلَهُ، لَا شَيْءَ لَوْلِيِّ الْحِنَايَةِ.

أَمَّا الدَّفْعُ فَلِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِهِ، فَإِذَا خَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّقَبَةِ سَقَطَ. وَأَمَّا
الْفِدَاءُ فَلِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا الْأَرْضُ، فَإِذَا أَوْفَاهُ حَقَّهُ سَدَّمَ الْعَبْدَ لَهُ.

فَإِنْ لَمْ يَحْتَرِ شَيْئًا حَتَّى مَاتَ الْعَبْدُ؛ بَطَلَ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لِقَوَاتِ مَحَلِّ
حَقِّهِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ؛ لَمْ يَبْرَأْ لِتَحْوِيلِ الْحَقِّ مِنْ رَقَبَةِ
الْعَبْدِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَوْلَى.

غاية النباه

قوله: (وَاتَّهِمَا اخْتَارَهُ وَفَعَلَهُ؛ لَا شَيْءَ لَوْلِيِّ الْحِنَايَةِ)، يَعْنِي: إِذَا اخْتَارَ الْمَوْلَى
الدَّفْعَ، أَوْ الْفِدَاءَ؛ تَسْقُطُ الْمُطَدَّبَةُ عَنِ الْمَوْلَى بَعْدَ ذَلِكَ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ قَبْلَ هَذَا.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَحْتَرِ شَيْئًا حَتَّى مَاتَ الْعَبْدُ؛ بَطَلَ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ)، ذَكَرَهُ
تَفْرِيْعًا عَلَى مَسْأَلَةِ «الْمَخْتَصِرِ»، وَقَدْ ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصِرِهِ».

يَعْنِي: إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ؛ ثُمَّ يَكُنْ لَوْلِيِّ الْحِنَايَةِ عَلَى الْمَوْلَى شَيْءٌ مِنْ أَرْضٍ
حَبَائِبه، وَذَلِكَ لِأَنَّ لِحَقِّ كَانَ يَلْزِمُ الْمَوْلَى فِي الرَّقَبَةِ، فَإِذَا تَلَفَتْ سَقَطَ مَا لَزِمَهُ
بِإِهْلَاكِ، كِهْلَاكِ الْمَالِ بَعْدَ وَجوبِ الرِّكَاءِ فِيهِ، وَلِأَنَّهَا جِنَايَةٌ مِنَ الْعَبْدِ، فَتَسْقُطُ
بِمَوْتِ الْعَبْدِ كَمَا فِي الْعَمْدِ.

قوله: (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (الْوَاجِبُ الْأَصْلُ الدَّفْعُ).

قوله: (وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَا اخْتَارَ الْفِدَاءَ؛ لَمْ يَبْرَأْ)، ذَكَرَهُ تَفْرِيْعًا أَيْضًا.

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصِرِهِ»: «وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ مَا اخْتَارَ الْمَوْلَى
الْفِدَاءَ؛ فَإِنَّ الْفِدَاءَ عَلَيْهِ لَا يَبْرَأُ عَنْهُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْاِخْتِيَارَ يَنْقُلُ الْحَقَّ
مِنَ الرَّقَبَةِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَوْلَى، فَإِذَا مَاتَ الْعَبْدُ لَمْ يَسْقُطْ مَا فِي ذِمَّةِ الْمَوْلَى مِنَ الدَّيْنِ

قَالَ: فَإِنْ عَادَ فَجَنَى؛ كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ حُكْمُ^(١) الْأُولَى مَعْنَاهُ بَعْدَ الْفِدَاءِ لِأَنَّهُ لَمَّا طَهَرَ عَنِ الْجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ جُعِلَ كَأَنْ لَمْ تَكُنْ، وَهَذَا ابْتِدَاءُ جِنَايَةٍ.

قَالَ: وَلَوْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ، قِيلَ لِلْمَوْلَى: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدْرِ حَقِّهِمَا، وَإِمَّا أَنْ تُفْدِيَهُ بِأَرْشٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ

غاية لبيان

كسائر ديوبه^(٢).

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ عَادَ فَجَنَى؛ كَانَ حُكْمُ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ حُكْمُ الْأُولَى)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي «مختصره»^(٣).

قَالَ صَاحِبُ «الهداية» رحمته: (مَعْنَاهُ: بَعْدَ الْفِدَاءِ)، يَعْْنِي: إِذَا فَدَى الْمَوْلَى عَبْدَهُ مِنْ جِنَايَتِهِ، فَعَادَ الْعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ فَجَنَى جِنَايَةً خَطَأً؛ كَانَ حُكْمُهَا حُكْمَ الْأُولَى حَتَّى يُخَاطَبَ الْمَوْلَى بِالْدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ ثَانِيًا، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا فَدَاهُ عَنِ الْأُولَى؛ تَفَرَّغَتْ رَقَبَتُهُ عَنِ الْجِنَايَةِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَجُنْ إِلَّا هَذِهِ الْجِنَايَةَ، فَكَانَ الْحُكْمُ فِيهَا الدَّفْعُ أَوْ الْفِدَاءُ.

وَأَمَّا فَسَّرَ صَاحِبُ «الهداية» رحمته بِقَوْلِهِ: (مَعْنَاهُ: بَعْدَ الْفِدَاءِ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَنَى ثَانِيًا قَبْلَ الْفِدَاءِ؛ كَانَتْ هِيَ مِثْلُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي تَبِيهَا.

قَوْلُهُ: (لَمَّا طَهَرَ)، هُوَ بِالطَّاءِ الْمَهْمَلَةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَوْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ، قِيلَ لِلْمَوْلَى: إِمَّا أَنْ تَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَتَيْنِ يَقْتَسِمَانِهِ عَلَى قَدْرِ^(٤) حَقِّهِمَا، وَإِمَّا أَنْ تُفْدِيَهُ بِأَرْشٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي «مختصره»^(٥).

(١) أشار بدقيق بعده في حاشية الأصل أن بعده في نسخة «ح: لجناية»

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٥/١٠٩].

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٩٠].

الْأَوَّلِ بِرَقَبَتِهِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقُ الدَّيَّةِ بِهِ، كَالَّذِينَ الْمُتَلَاحِقَةُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مِلْكَ
الْمَوْلَى لَمْ يَمْنَعْ تَعَلُّقُ الْجَنَابَةِ فَحَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْأَوَّلِ أَوْلَى أَلَا تَمْنَعُ.

﴿ غايه الباعث ﴾

[قَالَ الْكَرْجِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١): (إِنَّمَا جُنِيَ الْعَبْدُ عَلَى جَمَاعَةٍ، فَلَمَّا الْمَوْلَى
أَيْضًا بِإِجْبَارٍ: إِنْ شَاءَ دَفَعَ الْعَبْدَ إِلَى جَمَاعَتِهِمْ، وَكَانَ مَقْسُومًا عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مَا
لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنْ أَرْضِ الْجَنَابَةِ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَغَرِمَ أَرْضَ الْجَنَابَاتِ كُلِّهَا،
وَدَلَّكَ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْجَنَابَةِ بِرَقَبَتِهِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ مِثْلِهَا، كَمَا لَا يَمْنَعُ الدَّيْنُ مِنَ الدَّيْنِ،
وَكَمَا لَا يَمْنَعُ حَقُّ الْمَوْلَى مِنْ حَقِّ وَلِيِّ الْجَنَابَةِ.

وَإِذَا تَعَلَّقَ حَقُّ الْجَمَاعَةِ بِالرَّقَبَةِ؛ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِمْ، فَيَقْتَسِمُونَ
الرَّقَبَةَ عَلَى قَدْرِ [١٤٣٢] حُقُوقِهِمْ، أَوْ يَقْدِي بِجَمِيعِ أَرْضِهِمْ، وَلِلْمَوْلَى أَنْ يُخَالِفَ
فِي هَذَا بَيْنَ الْإِخْتِيَارِ، فَيَقْدِي مِنْ بَعْضِهِمْ، وَيَدْفَعُ إِلَى بَعْضِهِمْ مَقْدَارًا مَّا تَعَلَّقَ بِهِ
حَقُّهُ مِنَ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا تَعَلُّقَ لِحَقِّهِ بِحَقِّ صَاحِبِهِ، فَجَازَ أَنْ يَخْتَارَ فِي
حَقِّ أَحَدِهِمْ غَيْرَ مَا يَخْتَارُ فِي حَقِّ الْآخَرِ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ.

وَلَيْسَ هَذَا كَالْعَبْدِ إِذَا قَتَلَ رَجُلًا خَطَأً وَهُوَ وَرِيَّانٍ، فَاخْتَارَ الْمَوْلَى الْفِدَاءَ مِنْ
أَحَدِهِمَا وَلَدَّفَعَ إِلَى الْآخَرِ؛ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا جَنَابَةٌ وَاحِدَةٌ خَيْرٌ فِيهَا بَيْنَ
الدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ، فَتَمَّ يَمْلِكُ تَبْعِيضُ مُوجِبِهَا.

وَفِي مَسْأَلَتِنَا: هِيَ جَنَابَاتٌ مُخْتَلِفَةٌ، وَإِذَا اِخْتَلَفَ خِيَارُهُ فِيهَا؛ لَمْ يَتَّبِعْ مُوجِبُ
الْجَنَابَةِ، وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الْقِسْمَةِ: فَعَلَى مَا بَيَّنَّا: أَنَّهُ يَدْفَعُ إِلَيْهِمْ بِقَدْرِ حِصَصِهِمْ^(٢).

بَيَانُهُ: فِيمَا إِذَا قَتَلَ رَجُلًا خَطَأً، وَلَقَاءً غَيْرَ آخَرٍ، ثُمَّ اجْتَمَعَا وَاخْتَارَ الْمَوْلَى
الدَّفْعَ، فَبِهِ يَدْفَعُ الْعَبْدَ إِلَيْهِمَا أَمْلًا، لِأَنَّ وَلِيَّ الْمَقْتُولِ تَبَّتْ حَقُّهُ فِي الدَّيَّةِ، وَهِيَ

(١) ما بين السعفرين: زيادة من: «ال»، «دع»، «و»، «١٢»، «و»، «م»، «و»، «ر».

(٢) ينظر: «شرح محصر الكرجي» للقدوري [ق/٣٣٥/داماد].

وَمَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى قَدْرِ حَقِّيهِمَا عَلَى قَدْرِ أَرْضِ جَنَائِتِهِمَا، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً يَفْتَسِمُونَ الْعَبْدَ الْمَذْفُوعَ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ وَإِنْ قَدَّاهُ قَدَّاهُ بِجَمِيعِ أُرُوشِهِمْ؛ لِمَا ذَكَرْنَا.

«شأية البيان»

عشرة آلاف، وَبَيَّنَّ حَقَّ الْمَفْقُوءَةِ عَلَيْهِ فِي نَصَبِ الدِّيَةِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِمَّهَا يُدْلَى نَسَبٍ صَحِيحٍ، فَيَضْرِبُ بِجَمِيعِ حَقِّهِ، فَيَفْتَسِمَانِ أَثْلَانًا.

وَلَوْ كَانَ شَخْصًا رَحْلًا مُوَصَّحَةً، وَآخَرَ هَاشِمَةً، وَآخَرَ مُنْقَلَةً، ثُمَّ اخْتَارَ الْمَوْلَى الدَّفْعَ دَفَعَ إِلَى صَاحِبِ الْمُوَصَّحَةِ مُدْرَسَ الْعَبْدِ، وَإِلَى صَاحِبِ الْهَاشِمَةِ ثَلَاثَةَ، وَإِلَى صَاحِبِ الْمُنْقَلَةِ بَصْفَهُ؛ لِأَنَّ لَصَاحِبِ الْمُوَصَّحَةِ خَمْسَ مِائَةٍ، وَلَصَاحِبِ الْهَاشِمَةِ أَلْفًا، وَلَصَاحِبِ الْمُنْقَلَةِ أَلْفًا وَخَمْسَ مِائَةٍ، فَاقْتَسَمُوا الرِّقْبَةَ عَلَى ذَلِكَ^(١). كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي «شَرْحِهِ».

قَوْلُهُ: (عَلَى قَدْرِ أَرْضِ جَنَائِتِهِمَا)، مَرَّ أَنْفًا.

قَوْلُهُ: (لِمَا ذَكَرْنَا)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْأُولَى بِرَقَبَتِهِ لَا يَمْنَعُ تَعَلُّقَ الثَّانِي بِهِ)، أَيْ: بِالرَّقْبَةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْعُنُقِ أَوِ الْمَذْكُورِ.

فَإِنْ قُلْتَ: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذَا الْمَسْأَلَةِ، حَيْثُ لَمْ يَمْنَعُ تَعَلُّقُ [٢/١٩٢/٨] الْأُولَى تَعَلُّقَ الثَّانِيَةِ، وَبَيْنَ الرَّهْنِ، حَيْثُ يَكُونُ الْمُرْتَهَنُ مُقَدَّمًا عَلَى سَائِرِ أَصْحَابِ الدُّيُونِ، وَيَمْنَعُ تَعَلُّقُ حَقِّهِ بِهِ تَعَلُّقَ حَقِّهِمْ بِهِ؟

قُلْنَا: لِأَنَّ الرَّهْنَ إِيفَاءٌ حُكْمِيٌّ، وَالْارْتِهَانُ اسْتِيفَاءٌ حُكْمِيٌّ، فَلَوْ وَجَدَ الْإِيفَاءُ وَالْاسْتِيفَاءُ حَقِيقَةً، ثُمَّ لَحِقَ الدَّيْنُ الْآخَرُ، لَمْ يَكُنْ لَصَاحِبِ الدَّيْنِ الْمُتَلَاخِقِ سَبِيلٌ، فَكَذَا [فِي] ^(٢) الْإِيفَاءِ وَالْاسْتِيفَاءِ حُكْمًا، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ، فَإِنَّ حَقَّ الْأَوَّلِ لَهُ

(١) يَظُنُّ الشَّرْحَ مُحْتَصِرًا لِكُرْحِيِّ لِلْقُدُورِيِّ [ق/٣٣٥/دَامِد]

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْنَوَيْنِ رُبَّةٌ مِنْ «لَا»، وَ«لَاغٌ»، وَ«لَاغٌ»، وَ«لَاغٌ»، وَ«لَاغٌ»، وَ«لَاغٌ».

وَنَزَقَتْ وَاحِدًا وَفَقَا عَيْنَ آخَرَ) بِقَسَمَيْهِ اثْنَلَا (لَأَنَّ أَرْضَنَ الْعَيْنَ عَلَى
الْضَّغَبِ مِنْ أَرْضِ النَّفْسِ)، وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الشَّجَاتِ (وَالْمَوْلَى أَنَّ يَقْدِي مِنْ
بَعْضِهِمْ وَيَدْفَعُ إِلَى بَعْضِهِمْ مِقْدَارَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنَ الْعَبْدِ) لِأَنَّ الْحَقُّوقَ
مُخْتَلَفَةً بِاخْتِلَافِ أَسْبَابِهَا وَهِيَ الْحَيَاتِيَّاتُ الْمُخْتَلَفَةُ، بِخِلَافِ مَقْتُولِ الْعَبْدِ إِذَا
كَانَ لَهُ وَرَثَاتٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنَّ يَقْدِي مِنْ أَحَدِهِمَا [٥/٢٦٧] وَيَدْفَعُ إِلَى الْآخَرِ لِأَنَّ
الْحَقَّ مُتَّحِدٌ لِاتِّحَادِ سَبَبِهِ وَهِيَ الْجَنَائِيَةُ الْمُتَّحِدَةُ.

وَالْحَقُّ يَجِبُ لِلْمَقْتُولِ أَوَّلًا، ثُمَّ لِلْوَارِثِ خِلَافَةً عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفْرِيقِ فِي
مَوْجِبِهَا.

قَالَ: فَإِنَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجَنَائِيَةِ؛ ضَمِنَ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ.
وَمِنْ أَرْضِهَا، وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجَنَائِيَةِ؛ وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَرْضُ؛

غاية البيان

مُجَرَّدُ تَعَلُّقِي لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْإِيْفَاءِ وَالْإِسْتِيفَاءِ، لَا حَقِيقَةً وَلَا حُكْمًا، فَطَهَرَ الْفَرْقُ
قَوْلُهُ: (وَالْحَقُّ يَجِبُ لِلْمَقْتُولِ أَوَّلًا، ثُمَّ لِلْوَارِثِ خِلَافَةً عَنْهُ)، هَذَا جَوَابُ
سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بَأَن يُقَالَ: الْجَنَائِيَةُ - وَإِنْ كَانَتْ مُتَّحِدَةً بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَقْتُولِ - مُخْتَلَفَةٌ
بِالنَّظَرِ إِلَى الْمُسْتَحِقِّينَ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ لِلْمَوْلَى وَلَايَةُ الْفِدَاءِ مِنْ أَحَدِهِمَا، وَالدَّفْعُ
مِنَ الْآخَرِ، كَمَا فِي الْجِنَايَاتِ الْمُخْتَلَفَةِ، فَأَجَابَ عَنْ هَذَا: يَعْنِي: أَنَّ الْأَصْلَ فِي
ثُبُوتِ الْحَقِّ وَاسْتِحْقَاقِهِ هُوَ الْمَقْتُولُ، يَجِبُ الْحَقُّ لَهُ أَوَّلًا، ثُمَّ يَخْلُفُهُ الْوَارِثُ،
فَكَانَتِ الْجِنَائِيَةُ مُتَّحِدَةً، فَلَمْ يَمْلِكْ تَبْعِيضُ مَوْجِبِهَا.

قَوْلُهُ: (فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفْرِيقِ فِي مَوْجِبِهَا)، أَي: فِي مُوجِبِ اسْمِيَّاتِ الْمُخْتَلَفَةِ،
وَهَذَا يَرْتَبُطُ بِقَوْلِهِ: (وَهِيَ الْجِنَايَاتُ الْمُخْتَلَفَةُ).

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجَنَائِيَةِ؛ ضَمِنَ الْأَقْلَ مِنْ
قِيَمَتِهِ، وَمِنْ [٥/١١٣] أَرْضِهَا، وَإِنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجَنَائِيَةِ؛ وَجَبَ عَلَيْهِ الْأَرْضُ)،

غاية البيان

أي: قال القدوري رحمه الله في «مختصره»^(١)، أي: صَمِرَ المولى الأقل من قيمة العبد الجاني، ومن أرض جنائته أيهما كان أقل من الآخر يلزمه ذلك، وإن كان إعتاقه بعد العلم بالجنائية يَكُونُ مُختاراً لِفِدَاءٍ، قِيلَزْمُهُ الأَرْضُ قليلاً كان أو كثيراً.

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله: «وردا قتل عَبْدٌ قَتِيلًا خطأ، فأخرجَه المولى من ملكه ببيع أو غيره، أو أعتقه، أو ذَبَرَهُ، أو كانت أمة فاستولدها، أو أقرَّ به لرجل، وهو يَعْلَمُ بالجنائية؛ فهو مُختارٌ وعليه الدِّيةُ، وإن كان لا يَعْلَمُ؛ فعليه قيمةُ عبده، وكذلك جنائته، إن كانت فيما دون النفس ففعل شيئاً من هذا، وهو يَعْلَمُ؛ فعليه أرضُ الجنائية، وإن كان لا يَعْلَمُ؛ فعليه الأقل من قيمته، ومن أرض الجنائية»^(٢). إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله، وذلك لأن المولى مُخَيَّرٌ في جنائية العبد بين الدَّفْعِ وِإِفْدَاءٍ، ومن خِيَرِ بَيْنَ أمرين ففعل ما يدل على اختيار أحدهما؛ تَعَيَّنَ [عليه]^(٣) [١٩٢/٨ م] الآخر، ومعلوم أنه إذا باعه، أو وهبه مع العلم؛ فقد تَعَدَّرَ عليه دَفْعُهُ، فصارَ بذلك مُختاراً لِفِدَاءٍ دلالة

وكذلك إذا أعتقه؛ لأن الاختيار قد يَكُونُ صريحاً، وقد يَكُونُ دلالةً، وقد يَكُونُ ضرورةً، والإعتاق اختيارٌ دلالةً أو ضرورةً؛ لأنه لما أعتق مع علمه بالحياة؛ فقد احتار بمسأكه لنفسه، فصار اختياراً للوجه الآخر دلالةً، أو لأنه قوت محل الدَّفْعِ اختياراً، فتَعَيَّنَ الوجه الآخر عليه ضرورةً، وكذلك إن ذَبَرَهُ أو كاتبه، أو باعه؛ لأنه صار مُتَمَتِّعَ الدَّفْعِ في هذه الوجوه.

قال الحاكم في «الكافي»: «ولو كانت أمة فجامعها، أو زَوْجُهَا، أو آخَرُهَا،

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٩٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٣/٣٣٥ داماد].

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، و«ع»، و«٢٦»، و«م»، و«ار».

غاية السبيل

أَوْ رَهْمَهَا ، أَوْ اسْتخدمَهَا ؛ لَمْ يَكُنْ مُخْتَارًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِرْ مُمْتَنِعًا لِدَفْعِ^(١) .

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله فِي «مُخْتَصَرِهِ»^(٢) : أَنَّهُ نَكُونُ مُخْتَارًا [إِذَا آجَرَ ، أَوْ زَهَرَ
مَعَ الْعِلْمِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الدَّفْعُ فِي أَحَالٍ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ ، أَمَّا إِذَا فَعَلَ مَا يَكُونُ
بِهِ مُخْتَارًا]^(٣) ، وَهُوَ لَا يَغْنَمُ بِالْجَنَابَةِ لَا يَكُونُ مُخْتَارًا ، بَلْ عَلَيْهِ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَةِ
الْعَبْدِ ، وَمِنْ الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّ الْإِخْتِيَارَ لَا يَصِحُّ بِلَا عِلْمٍ ؛ لِأَنَّهُ مُحَالٌ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَمَّا
مَنَعَ التَّسْلِيمَ بِفَعْلِهِ مَعَ تَعَلُّقِ حَقِّ وَلِيِّ الْجَنَابَةِ ؛ لَزِمَهُ الْأَقْلُ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ إِنْ كَانَ أَقْلُ
مِنْ قِيَمَتِهِ ؛ فَلَا حَقَّ لَوْلِيِّ الْجَنَابَةِ فِيهَا رَادَّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ فَالْمَوْلَى لَمْ يَتَلَفَ إِلَّا
رَقَبَةَ الْعَبْدِ ، فَزِمَهُ قِيَمَتُهَا .

فَأَمَّا إِذَا أَقَرَّ بِالْعَبْدِ الْجَانِي لغيرِهِ مَعَ الْعِلْمِ بِالْجَنَابَةِ : قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله
فِي «شَرْحِهِ» : «ذَكَرَ فِي «الْأَصْلِ» : أَنَّهُ لَا يَكُونُ مُخْتَارًا ، وَفِي غَيْرِ الْأَصُولِ أَنَّهُ
يَكُونُ مُخْتَارًا ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمه الله»^(٤) .

وَجْهٌ مَا فِي «الْأَصْلِ» : أَنَّ الْإِفْرَارَ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ حَقِّ وَلِيِّ الْجَنَابَةِ ، وَلَيْسَ بِهِ
تَقْلُ الْمِلْكِ ؛ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ عَلَى مَا قَالَ الْمُقَرَّرُ ، فَكَأَنَّ السَّيِّئَةَ قَامَتْ بِالْمِلْكِ .

وَجْهٌ الرَّأْيِ الْآخَرِي : أَنَّ الْعَبْدَ عَلَى يَدَيْهِ فِي الظَّاهِرِ ، فَإِذَا أَقَرَّ بِهِ اسْتَحَقَّتْ
الْمُقَرَّرُ لَهُ بِإِقْرَارِهِ ، فَصَارَ كَمَا لَوْ بَاعَهُ أَوْ وَهَبَهُ .

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله أَيْضًا فِي [٤٤٤/٣] «شَرْحِهِ» : «قَابُوا الْعَبْدَ إِذَا جَنَى ، فَقَالَ
الَّذِي فِي يَدِهِ : هَذَا عَبْدُ فُلَانٍ ، أَوْ دَعَا عِبْدِي ، فَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ عَلَى ذَلِكَ ؛ دَفَعَ

(١) ينظر : «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٢٥/ف] .

(٢) ينظر : «مختصر الطحاوي» مع شرح الجصاص [٨٦/٦] .

(٣) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «د» ، «ر» ، «ع» ، «ي» ، «ن» ، «م» ، «و» ، «ل» .

(٤) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٣٣٥/ف] ، «داماد» .

هامة البيان

الْحُصُومَةُ عَنْ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ الْعَبْدَ وَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ غَيْرِهِ ، وَأَنَّ الْغَائِبَ أَقَامَهُ
مَقَامَ نَفْسِهِ فِي لِحِظِ دُونَ أَحْكَامِ الْجِنَايَةِ ، فَلَمْ يَلْزَمُهُ حُكْمُهَا ، فَإِنْ لَمْ تَقُمْ لَهُبِيَّةٌ ،
قِيلَ لَهُ : ادْفَعْهُ أَوْ افْدِهِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْجِنَايَةِ يَتَعَلَّقُ بِهِ ، فَإِذَا أَحَالَ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ لَمْ يُقْبَلْ
بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ .

فَإِنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ ، ثُمَّ حَضَرَ الْغَائِبُ وَصَدَّقَهُ ؛ فَهُوَ مُتَطَرِّعٌ فِي الْفِدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ فَدَى
مِنْكَ غَيْرَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، وَقَدْ كَانَ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَتَخَلَّصَ مِنَ الْفِدَاءِ بِالْدَّفْعِ ، فَإِذَا اخْتَارَهُ كَانَ
[١٩٣/٨] مُتَبَرِّعًا ، وَإِنْ اخْتَارَ الدَّفْعَ ثُمَّ حَضَرَ الْعَائِبُ فَصَدَّقَهُ ، قِيلَ لَهُ : إِنْ شِئْتَ
فَافْسَحِ الدَّفْعَ ؛ لِأَنَّ التَّصْديقَ اسْتَدَّ إِلَى الْإِقْرَارِ الْأَوَّلِ ، فَصَارَ مَالِكًا لِعَبْدٍ مِنْ ذَلِكَ
الْوَقْتِ ، وَقَدْ دَفَعَهُ مَنْ لَيْسَ بِمَالِكٍ ، فَإِنْ شَاءَ اخْتَارَ دَفْعَهُ ، وَإِنْ شَاءَ فَسَحَ وَفَدَى ^(١) .

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته أَيْضًا : « قُلُوا فِيمَنْ فِي يَدِهِ عَبْدٌ أَقَرَّ بِهِ لِرَجُلٍ ، وَأَقَرَّ عَلَيْهِ
بِجَنَابَةٍ ، فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ : إِنْ صَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ فِي الْمِلْكِ وَالْحَيَاةِ ، قِيلَ لِلْمُقَرَّرِ
لَهُ : ادْفَعْ أَوْ افْدِ بِالْأَرْضِ ، لِأَنَّهُمَا تَصَادَقَا عَلَى الْمِلْكِ ، وَعَلَى الْجِنَابَةِ ، فَكَانَ ذَلِكَ
مَعْلُومًا ، وَلَا يَكُونُ الَّذِي فِي يَدِهِ الْعَبْدُ بِإِقْرَارِهِ بَعْدَ الْجِنَابَةِ مُخْتَارًا ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ لَا
يُنْقَلُ الْمِلْكُ ، وَإِنَّمَا هُوَ إِخْبَارٌ عَنْ مِلْكٍ سَابِقٍ .

وَقَالَ زُفَرٌ رحمته : يَكُونُ مُخْتَارًا ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَهُ فِي الطَّاهِرِ ، وَقَدْ انْتَقَلَ بِالْإِقْرَارِ
بَعْدَ الْجِنَابَةِ ، فَأَمَّا إِنْ صَدَّقَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ فِي الْمِلْكِ وَكَذَّبَهُ فِي الْجِنَابَةِ ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَى
وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الَّذِي فِي يَدِهِ الْعَبْدُ أَقَرَّ بِجَنَابَةِ عَلَى مِلْكٍ غَيْرِهِ ، وَالْمَالِكُ لَمْ يَقَرَّ
فِي عَنْدِهِ بِشَيْءٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَّذِي فِي يَدِهِ كَانَ قَدْ ادَّعَى هَذَا الْعَبْدَ لِنَفْسِهِ ، فَيَكُونُ
مُخْتَارًا ؛ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ مَنْ نَقَلَ الْمِلْكُ بِاخْتِيَارِهِ ، وَأَمَّا إِنْ كَذَّبَهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ فِي الْمِلْكِ

(١) ينظر : « شرح مختصر الكرخي » لقلدوري [ق/٣٣٥/٣] داماد .

لأنَّ في الأوَّل قُوَّةَ حَقِّهِ فَيَصْمُهُ وَحَقُّهُ فِي أَقْلِهِمَا ، وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ .
لأنَّه لَا اخْتِيَارَ بِدُونِ الْعِلْمِ ، وَفِي الثَّانِي صَارَ مُخْتَارًا لِأَنَّ الْإِعْتِنَاقَ يَمْتَنِعُ مِنَ
الدَّفْعِ فَلَا إِقْدَامَ عَلَيْهِ اخْتِيَارًا مِنْهُ لِلْآخِرِ .

وَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ : الْبَيْعُ ، وَالْهَبَةُ ، وَالتَّذْيِيرُ ، وَالِاسْتِيلَادُ ، لِأَنَّ كُلَّ
ذَلِكَ مِمَّا يَمْتَنِعُ الدَّفْعُ لِزَوَالِ الْمِلْكِ بِهِ ، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ عَلَى رِوَايَةِ الْأَصْلِ لِأَنَّهُ
لَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ وَلِيِّ الْجَنَائَةِ ، فَإِنَّهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ يُخَاطَبُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ .

وَلَيْسَ فِيهِ نَقْلُ الْمِلْكِ لِحَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ كَمَا قَالَهُ الْمُقَرَّرُ وَالْحَقُّ
الْكُرْخِيُّ بِالْبَيْعِ وَأَخَوَاتِهِ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ فِي الظَّاهِرِ فَيَسْتَحِقُّهُ الْمُقَرَّرُ لَهُ بِإِقْرَارِهِ فَأَشْبَهُ
الْبَيْعِ وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ يَنْتَظِمُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهُ ،

غاية البيان

وَالْجَنَائَةِ ، فَقُلْ لَهُ : اذْفَعْهُ أَوْ أَفِدْهُ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ بَطْلَ التَّكْذِيبِ ، وَكَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ^(١) .
كَذَا فِي «شرح مختصر الكُرْخِيِّ» .

قوله : (لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ) ، أَي : فِيمَا أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجَنَائَةِ .

قوله : (وَفِي الثَّانِي) ، أَي : فِيمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجَنَائَةِ .

قوله : (وَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ : الْبَيْعُ ، وَالْهَبَةُ ، وَالتَّذْيِيرُ ، وَالِاسْتِيلَادُ) ، يَعْنِي :
إِذَا وَجَدَ أَحَدُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مِنَ الْمَوْلَى بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجَنَائَةِ ؛ يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ ،
وَإِذَا وَجَدَ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْجَنَائَةِ لَا يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ ، فَيَرْزُمُهُ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَةِ الْجَانِي
وَمِنْ أَرْضِ الْجَنَائَةِ .

قوله : (وَالْحَقُّ الْكُرْخِيُّ بِالْبَيْعِ) ، أَي : الْحَقُّ الْإِقْرَارُ ، مَرَّ بِيَانِهِ .

قوله : (وَإِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ يَنْتَظِمُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهُ) ، أَي : إِطْلَاقُ

(١) بطر' «شرح مختصر الكُرْخِيِّ» للقدوري [ق ٣٣٥ / داماد] .

وَكَذَا الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ .

وَإِطْلَاقُ التَّبِعِ يَنْتَظِمُ التَّبِعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ يُزِيلُ الْمِلْكَ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَنَقْصِهِ ، وَبِخِلَافِ الْعَرَضِ عَلَى التَّبِعِ لِأَنَّ الْمِلْكَ مَا رَأَى ، وَلَوْ بَاعَهُ بَيْعًا فَاسِدًا لَمْ يَصِرْ مُخْتَارًا حَتَّى يُسَمِّهُ لِأَنَّ الزَّوَالَ بِهِ ، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ لِأَنَّ مُوجِبَهُ يَثْبُتُ قَبْلَ قَبْضِ الْبَدَلِ فَيَصِيرُ بِتَفْسِيهِ مُخْتَارًا .

﴿ عَلَيْهِ السَّلَام ﴾

جواب «مختصر القدوري» ﴿ يَشْمَلُ النَّفْسَ وَمَا دُونَهَا ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ أَعَمُّ مِنْ أَنْ تَكُونَ وَاقِعَةً عَلَى النَّفْسِ ، أَوْ عَلَى مَا دُونَهَا ، فَيَكُونُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ إِذَا فَعَلَ شَيْئًا مِنْ [٢١٤: ٢] هَذِهِ الْأَشْيَاءِ بَعْدَ الْعَمَلِ بِالْجِنَايَةِ ، سَوَاءً كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَلَى النَّفْسِ ، أَوْ عَلَى مَا دُونَهَا ، فَإِنْ فَعَلَ قَبْلَ الْعِلْمِ ؛ يَلْزَمُهُ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَةِ الْجَانِي أَوْ الْأَرْضِ .

قوله: (وَكَذَا الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ) ، أي: لَا يَخْتَلِفُ الْمَعْنَى الَّذِي يَكُونُ بِهِ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ ، أَوْ لَا يَكُونُ مُحْصَرًا فِي النَّفْسِ وَمَا دُونَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْاِخْتِيَارُ بِدُونِ [١٩٣: ٨] الْعِلْمِ ، فَإِذَا عَدِمَ وَفَعَلَ بَعْدَ ذَلِكَ الْإِعْتِاقِ وَنَحْوِهِ ؛ كَانَ مُخْتَارًا ، وَإِنْ فَعَلَ وَلَمْ يَعْلَمْ ؛ لَمْ يَكُنْ مُخَارًا وَيَلْزَمُهُ الْأَقْلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِرَوِيِّ الْجِنَايَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الْأَرْضِ ، إِذَا كَانَ الْأَرْضُ أَقْلًا ، وَإِذَا كَانَ قِيَمَةُ الْحَنِي أَقْلًا يَلْزَمُ الْمَوْلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقُوتْ بِفَعْلِهِ غَيْرَ ذَلِكَ .

قوله: (وَإِطْلَاقُ التَّبِعِ يَنْتَظِمُ التَّبِعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي) ، هَذَا عَلَى مَذْهَبِهِمَا ظَاهِرٌ ، لِأَنَّ خِيَارَ الْمُشْتَرِي عَنْدهما لَيْسَ بِمَانِعٍ لِمِلْكَ الْمُشْتَرِي عَنْدهما ، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَيْضًا ﴿ ؛ لِأَنَّهُ يُزَوَّلُ مِلْكُ الْبَائِعِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْلِكِ الْمُشْتَرِي ، فَإِذَا بَاعَ مَعَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ وَالْخِيَارِ لِلْمُشْتَرِي ؛ فَقَدْ قُوتَ مَحَلُّ الدَّفْعِ ، فَكَانَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ .

بخلاف ما إذا باع والخيار له لا للمشتري ، حيث لا يكون مختارًا للفداء ؛ لِأَنَّهُ [مَا قُوتَ مَحَلُّ الدَّفْعِ] ، فَلَمْ يُوْجَدْ دَلِيلُ اخْتِيَارِ الْفِدَاءِ ، وَكَذَا إِذَا عَرَّضَهُ عَلَى

وَلَوْ بَاعَهُ مَوْلَاهُ مِنَ الْمَجْبِيِّ عَلَيْهِ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لَهُ أَحَدَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ وَهُوَ مُتَحَقِّقٌ فِي الْهَبَةِ دُونَ الْبَيْعِ، وَإِعْتَانِ

﴿هَيْدَةُ الْبَيِّنَاتِ﴾

الْبَيْعِ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجَنَابَةِ، لَا يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْعِدَاءِ؛ لِأَنَّهُ ^(١) لَا يَزُولُ الْمِلْكُ بِمُجَرَّدِ الْعَرْضِ، فَبَقِيَ الدَّفْعُ مُمَكَّنًا كَمَا كَانَ.

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه فِي «شَرْحِهِ»: «وَقَالَ زُقَرَّ رحمه: الْعَرْضُ اخْتِبَارٌ؛ لِأَنَّهُ يَدْرُ عَلَى تَنْقِيَةِ الْمِلْكِ، وَلَوْ بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا لَا يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْعِدَاءِ؛ لِعَدَمِ زَوَالِ الْمِلْكِ إِلَّا إِذَا سَلَّمَهُ إِلَى الْمُشْتَرِي، فَحِينَئِذٍ يَكُونُ مُخْتَارًا لَزَوَالِ الْمِلْكِ بِالتَّسْلِيمِ، وَإِذَا كَانَتْ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجَنَابَةِ كِتَابَةً فَاسِدَةً، بَأْنِ كَاتِبِهِ عَلَى خَمَرٍ، أَوْ عَلَى خِتَزِيرٍ؛ كَانَ مُخْتَارًا لِلْعِدَاءِ؛ لِأَنَّ مُوَحَبَ عَقْدٍ لِكِتَابَةٍ - وَهُوَ خُرُوجُ الْعِدِّ مِنَ يَدِ الْمَوْلَى - لَا مِنْ مِلْكِهِ يَتَّبِثُ قَبْلَ قَبْضِ الْبَدَلِ، فَكَانَ مُخْتَارًا بِنَفْسِ الْعَقْدِ» ^(٢).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ بَاعَهُ مَوْلَاهُ مِنَ الْمَجْبِيِّ عَلَيْهِ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَهُ مِنْهُ).

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه فِي شَرْحِهِ لـ «مَحْتَصِرِ الْكَرْخِيِّ»: «قَالُوا فِي عَبْدٍ قَطَعَ بَدَ رَحْلٍ قَوَّهَهُ مَوْلَاهُ لَهُ: فَلَا شَيْءَ عَلَى الْمَوْلَى، وَإِنْ بَاعَهُ مِنَ الْمَجْبِيِّ عَلَيْهِ كَانَ مُخْتَارًا، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَهْنُ [أَمَكَّهُ] ^(٣) التَّخَلُّصُ مِنَ الْجَنَابَةِ بِتَسْلِيمِهِ، فَلَوْ ضَمِنَهُ لَضَمِنَهُ؛ لِأَنَّهُ رَهْبَةٌ، وَالْهَبَةُ لَا تُوجِبُ الضَّمَانَ.

فَأَمَّا الْبَيْعُ: فَيَجُوزُ أَنْ يُوجِبَ الضَّمَانَ عَلَى الْبَائِعِ، فَصَرَّ كَمَا لَوْ بَاعَهُ مِنْ أَجْبِيٍّ، وَهَذَا لِأَنَّ الْهَبَةَ تَقَعُ مَوْقِعَ الدَّفْعِ الْمُسْتَحَقِّ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ بِغَيْرِ عَوَضٍ، وَاسْبَغُ لَا يَقَعُ مَوْقِعَهُ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ بِعَوَضٍ».

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْفُونَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ال» وَالْع» وَالْهَ» وَالْم» وَالر».

(٢) يَنْظُرُ. «شَرْحُ مَحْتَصِرِ الْكَرْخِيِّ» لِلْقُدُورِيِّ [١/٣٣٥/دَامَاد].

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْفُونَتَيْنِ زِيَادَةٌ مِنْ «ال» وَالْع» وَالْهَ» وَالْم» وَالر».

الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِأَمْرِ الْمَوْلَى بِمَنْزِلَةِ إِعْتِقَاقِ الْمَوْلَى فِيمَا ذَكَرْنَاهُ ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمَأْمُورِ مُضَافٌ إِلَيْهِ .

وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْجِنَانِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَ حُرًّا

غاية البيان

قَالَ : «وَلَوْ أَمَرَ الْمَوْلَى الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ بِعِتْقِهِ فَأَعْتَقَهُ ؛ صَارَ الْمَوْلَى مُخْتَارًا إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْجِنَانِيَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنِيَّ قَامَ مَقَامَهُ فِي الْعِتْقِ ، فَكَانَهُ أَعْتَقَهُ بِنَفْسِهِ» ^(١) .

قَوْلُهُ : (فِيمَا ذَكَرْنَاهُ) ، أَيُ : فِي الْعِلْمِ بِالْجِنَانِيَّةِ وَعَدَمِهِ .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ ضَرَبَهُ فَنَقَصَهُ ؛ فَهُوَ [م/١٩٤/٨] مُخْتَارٌ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْجِنَانِيَّةِ) .

ذَكَرَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ .

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «وَلَوْ ضَرَبَهُ ضَرْبًا أَثَّرَ فِيهِ ، وَنَقَصَهُ وَهُوَ يَعْلَمُ بِالْجِنَانِيَّةِ ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْلَمُ فَإِنَّ عَلَيْهِ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَمِنْ أَرْضِ الْجِنَانِيَّةِ [١٤١٥/٣] ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى وَلِيُّ الدَّمِ أَنْ يَأْخُذَهُ وَبِهِ ذَلِكَ النُّقْصَانُ بِغَيْرِ ضَمَانٍ يُلْزَمُهُ لَذَلِكَ النُّقْصَانِ» ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته .

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي «شَرْحِهِ» : «وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ أَطْلَقَ جَوَابَهَا فِي «الْأَصْلِ» ، فَقَالَ : يَكُونُ مُخْتَارًا ، وَإِنَّمَا رُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته : أَنَّهُ قَالَ هَذَا التَّمْصِيلَ ، فَحَمَلَ أَبُو الْحَسَنِ رحمته مَا أَطْلَقَهُ فِي «الْأَصْلِ» عَلَى تَفْصِيلِ أَبِي يُوسُفَ .

الدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ يَكُونُ مُخْتَارًا : أَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنَ الْعَبْدِ بِفِعْلِهِ ، وَمَنْعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : اخْتَرْتُ بَعْضَهُ دُونَ بَعْضٍ ، فَيَكُونُ مُخْتَارًا لِجَمِيعِهِ ، وَالَّذِي قَالَهُ أَبُو يُوسُفَ رحمته : فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمْ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الدَّفْعِ مَعَ النُّقْصَانِ إِنَّمَا تَبَيَّنَ لِحَقِّ وَلِيِّ الْجِنَانِيَّةِ ، فَإِذَا رَضِيَ بِهِ ، فَكَانَهُ نَقَصَ بَاقِيَ مِنَ السَّمَاءِ .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «وَلَوْ ضَرَبَهُ الْمَوْلَى خَطَأً ، فَأَيُّضْتُ عَيْنَهُ ،

(١) يَنْظُرُ «شَرْحُ مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» لِلْقُدُورِيِّ [ق/٣٣٧/ داماد]

مِنْهُ وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا فَوَطْنَهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْلَقًا لَمَّا قَلْنَا بِخِلَافِ التَّرْوِيجِ ،
لِأَنَّهُ عَيْبٌ مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ ، وَخِلَافُ وَطْءِ الثَّيِّبِ عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ ، لِأَنَّهُ

﴿ ١٢٠ ﴾

وَهُوَ يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ، فَهُوَ مُخْتَارٌ ، فَإِنْ ذَهَبَ الْبَيَاضُ قَبْلَ أَنْ يَخَاصِمَ ، فَوَلَّهُ يَدْفَعُ ، أَوْ
يَقْدِي ، وَلَيْسَ هَذَا بِاخْتِيَارٍ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ بَيَاضُ الْعَيْنِ يَمْنَعُ مِنَ الدَّفْعِ لِلنَّقْصِ
الْحَاصِلِ ، وَذَلِكَ النَّقْصُ مُرَاعَى لِجَوَازِ أَنْ يَزُولَ ، فَلِذَا زَالَ صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله أَيْضًا : «وَلَوْ خُوصِمَ فِي حَالِ الْبَيَاضِ ، فَضَمَّنَهُ الدَّامِي
الدَّيَّةَ ، وَقَدْ كَانَ الضَّرْبُ مِنَ الْمَوْلَى ، وَهُوَ يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ ، ثُمَّ ذَهَبَ الْبَيَاضُ ،
فَالْقَضَاءُ نَاقِضٌ لَا يَرُدُّ ، لِأَنَّهُ تَعَدُّرُ الدَّفْعِ كَانَ مُرَاعَى ، فَلَمَّا حَكَمَ الْحَاكِمُ بِأَحَدٍ وَحَدَّوْهُ
الْمُرَاعَاةَ ، سَقَطَ الْآخَرُ» (١) .

قَوْلُهُ : (وَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا فَوَطْنَهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُعْلَقًا) ، ذَكَرَهُ عَلَى سَبِيلِ
التَّفْرِيعِ أَيْضًا ، أَيُ : يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْعِدَاءِ بِوَطْءِ الْبِكْرِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْوَطْءُ مُعْتَقَدًا ،
لِأَنَّهُ أَتْلَفَ جُزْءًا مِنْهَا بِطَرِيقِ الْمُشَاهَدَةِ .

قَوْلُهُ : (لِمَا بَيَّنَّا) ، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ : (لِأَنَّهُ حَبَسَ جُزْءًا مِنْهُ) .

قَوْلُهُ : (بِخِلَافِ التَّرْوِيجِ) ، أَيُ : لَا يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْعِدَاءِ بِالتَّرْوِيجِ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ
بِنَقْصٍ حَقِيقَةٍ وَحِشًا ، وَإِنَّمَا هُوَ عَيْبٌ حُكْمِيٌّ .

قَوْلُهُ : (وَبِخِلَافِ وَطْءِ الثَّيِّبِ عَلَى ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ) ، أَيُ : لَا يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْعِدَاءِ
بِوَطْءِ الثَّيِّبِ ، وَهَذَا هُوَ ظَاهِرُ الرَّوَايَةِ .

قَالَ الْقُدُّورِيُّ رحمته الله فِي «شَرْحِهِ» : «وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ
رحمته الله : أَنَّ الْوَطْءَ اخْتِيَارٌ فِي الثَّيِّبِ» (١) .

وَجْهٌ قَوْلِهِمُ الْمَشْهُورُ : أَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَفْعَةً عَلَى مَنِكَهَ ، بِحَيْثُ لَا تُوجِبُ نَقْصًا

لَا يَنْقُصُ مِنْ غَيْرِ إِعْلَاقٍ، وَبِخِلَافِ الْإِسْتِخْدَامِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَصُّ [٢٦٧هـ] بِالْمِلْكِ، وَلِهَذَا لَا يَسْقُطُ بِهِ خِيَارُ الشَّرْطِ وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الْأَظْهَرِ

﴿غاية البيان﴾

فِي الْعَيْنِ [١٩٤/٨هـ]، فَلَا تَمْنَعُ الدَّفْعُ كَالِاسْتِخْدَامِ، وَبِئْسَ هَذَا كَوَاطِئُ الْبُكَرِ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ لِحُزْنٍ مِنْهَا مِنْ طَرِيقِ الْمُشَاهَدَةِ.

وَلَا بِي يُوسُفُ ﷺ: أَنَّ الْوَطْءَ أَجْرِي مَجْرَى إِتْلَافٍ جُرْءٍ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا حَصَلَ فِي مِلْكٍ الْغَيْرِ، لَمْ يَخْلُ مِنْ مَعْنَى يَجِبُ بِهِ إِمَّا عَقْرٌ أَوْ حَدٌّ، وَأَمَّا إِذَا عَلِقَتْ؛ فَقَدْ تَعَذَّرَ الدَّفْعُ فِيهَا بِالِاسْتِيلَادِ، فَصَارَ مُخْتَارًا.

قَوْلُهُ: (وَبِخِلَافِ الْإِسْتِخْدَامِ)، أَي: لَا يَكُونُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ أَيْضًا.

قَالَ الْكَرَّخِيُّ ﷺ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «فَإِنْ اسْتَخْدَمَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ، فَعَطِبَ بِالْخِدْمَةِ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَلَا يَكُونُ هَذَا اخْتِيَارًا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْخِدْمَةَ لَا [٢٤٥/٣هـ] تَخْتَصُّ بِالْمِلْكِ، فَلَا تَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِ الْمِلْكِ، وَلِهَذَا قَالُوا فِي الْعِدِّ الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ إِذَا اسْتَخْدَمَهُ الْمُشْتَرِي: إِنَّ خِيَارَهُ بَاقٍ، فَكَذَلِكَ لَا يَدُلُّ عَلَى الْاخْتِيَارِ فِي مَسْأَلَتِنَا.

وَلَا يَضْمَنُ الْمَوْلَى بِعَطْبِهِ فِي الْخِدْمَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُتَعَدٍّ فِي اسْتِخْدَامِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنَافِعَهُ عَلَى مِلْكِ الْمَوْلَى، فَمَوْتُهُ مِنَ الْخِدْمَةِ كَمَوْتِهِ بِأَقْفٍ سَمَاقِيَّةٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَاسْتَخْدَمَهُ؛ لَمْ يَضْمَنْ لِلْغُرْمَاءِ؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْمَنَافِعَ عَلَى مِلْكِهِ، فَاسْتِخْدَامُهُ لَيْسَ بِتَعَدٍّ فِيهِ» (١).

قَوْلُهُ: (وَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا بِالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فِي الْأَظْهَرِ).

قَالَ الْكَرَّخِيُّ ﷺ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «فَإِنْ أَجَرَهُ فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَنْقُضُ الْإِجَارَةَ وَيَقُولُ لَهُ: ادْفَعْ أَوْ اقْدِرْ».

(١) بطر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٧/دماذ].

مِنَ الرَّايَاتِ ، وَكَذَا بِالْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ وَإِنْ رَكِبَهُ دَيْنٌ ، لِأَنَّ الْإِذْنَ لَا يُفَوِّتُ
الدَّفْعَ وَلَا يُنْقِصُ الرَّقَبَةَ ، إِلَّا أَنْ يُولِيَ الْجِنَايَةَ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ قَبُولِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ لِحَقِّهِ
مِنْ جِهَةِ الْمَوْلَى فَيُلْزَمُ الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ .

﴿ مجلة البيان ﴾

وَقَالَ [الْكُرْخِيُّ] ^(١) أَيْضًا: «وَلَوْ كَانَ رَهْنَهُ ، وَهُوَ يَتَعَمَّقُ ، ثُمَّ افْتَكَّهُ ، ثُمَّ خُوصِمَ
فِي الْجِنَايَةِ ، فَإِنَّهُ يُقَالُ لَهُ: ادْفَعْهُ أَوْ أَفْدِهِ ، وَالْعِلْمُ فِي الرَّهْنِ وَغَيْرِ الْعِلْمِ سَوَاءٌ ، لِأَنَّهُ
يُمْكِنُهُ أَنْ يَفْتَكَّهُ ، فَلَا يَكُونُ الرَّهْنُ اخْتِيَارًا» ^(٢) إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكُرْخِيِّ .

قَالَ الْقُدُورِيُّ ^(٣) فِي «مُتَرَجِّهِ»: «وَقَدْ اخْتَلَفَ جَوَابُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي كِتَابِ
الدِّيَّانَةِ لِمُحَمَّدٍ ^(٤) ، فَقَالَ فِي بَعْضِ النُّسخِ: إِنَّ الْإِحَارَةَ وَالرَّهْنَ لَيْسَا بِاخْتِيَارٍ ،
وَلَكِنْ الْقَاضِي يَفْسَخُهُمَا وَيُخَيِّرُهُ» ^(٥) .

وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّ الْإِحَارَةَ تُفْسَخُ بِالْعُدْرِ ، وَتَعْتَقُ حَقَّ الْجِنَايَةِ بِالرَّقَةِ عُدْرٌ فِي
الْفَسْخِ ، فَلَمْ يَتِمَّ الْعَقْدُ ، فَلَا يَصِيرُ بِهِ مُحْتَرًّا ، وَكَذَلِكَ الرَّهْنُ تَزُولُ عَنْهُ نَدُّ الْمُتَهَبِّ
بِعَبَرِ [اخْتِيَارِهِ] ^(٦) إِذَا قَصَاهُ الرَّاهِنُ لِدَيْنٍ ، فَصَرَّ كَالْوَدِيعَةِ .

وَقَالَ فِي بَعْضِ النُّسخِ: «إِنَّهُ يَكُونُ اخْتِيَارًا» . وَوَجْهُهُ: أَنَّ الْإِحَارَةَ وَالرَّهْنَ
يَتَعْتَقُ بِهِمَا اسْتِحْقَاقُ الْيَدِ عَلَى الْمَوْلَى ، فَصَارَا كَالْبَيْعِ .

قَوْلُهُ: (وَكَذَا بِالْإِذْنِ فِي التَّجَارَةِ وَإِنْ رَكِبَهُ دَيْنٌ) ، أَيُّ: لَا يَصِيرُ مُخَارًا لِلْعِدَّةِ
قَالَ لُكْرُخِيُّ ^(٧) فِي «مُخْتَصَرِهِ»: «وَأِنْ أَدِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ ، فَاسْتَدَانَ دَيْنًا ،
فَرَدَّ أَحَاكِمَ يُخَيِّرُهُ: إِنْ شَاءَ قَدَّاهُ ، وَإِنْ شَاءَ [٨/١٩٥هـ/م] دَفَعَهُ بِاسْجُدِيَّةٍ ، وَإِذَا أَرَادَ دَفْعَهُ
فَمِيسَ لَهُ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْمَخْنِيُّ عَلَيْهِ أَنْ يَقْبَلَهُ وَيَبِيعَهُ فِي الدَّيْنِ عِنْدَهُ ، وَإِنَّمَا نَمَّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «د»، «و»، «ع»، «و»، «م»، «و»، «ر» .

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٣/٣٢٧/د] داماد .

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «د»، «و»، «ع»، «و»، «م»، «و»، «ر» .

قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنَّ قَتَلْتُ فَلَانًا، أَوْ رَمَيْتُهُ، أَوْ شَجَبْتُهُ، فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ.

«غاية المبدأ»

يَصِيرُ بِالْإِذْنِ لَهُ فِي التَّجَارَةِ مُخْتَارٌ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ لَا يُزِيلُ مِلْكَهُ، فَلَا يَمْتَنِعُ دَفْعُهُ، فَصَارَ كاستخدامه، فإذا لَحِقَهُ دَيْنٌ؛ فَقَدْ نَقَصَتْ الرِّقَّةُ بِسَبَبِ مَنْ حَبَسَ الْمَوْلَى، فَلَوْلِيُ الْجَايَةِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ قَبُولِهِ أَيْضًا نَاقِصًا بِالْذَّيْنِ، وَيُلْزَمُ الْمَوْلَى الْقِيَمَةُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَطَلَ الدَّفْعُ مِنْ عِبَرِ اخْتِيَارِهِ؛ وَجَبَتْ بَقِيَّةُ «(١)».

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي بَابِ جِنَايَةِ الْمَأْذُونِ فِي كِتَابِ «الْمَأْذُونِ الْكَبِيرِ» مِنْ «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «وَإِذَا حَسَى عَبْدُ الرَّجُلِ، فَأَدِنَ لَهُ مَوْلَاهُ فِي التَّجَارَةِ، وَهُوَ يَعْلَمُ بِالْجِنَايَةِ أَوْ لَا يَعْلَمُ، فَبَاعَ أَوْ اشْتَرَى، فَحَقَّقَهُ دَيْنٌ؛ لَمْ يَصِرِ الْمَوْلَى مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ فِعْلًا يَمْتَنِعُ بِهِ الدَّفْعُ، بَلْ يُقَالُ لَهُ: ادْفَعْهُ أَوْ اقْبِضْهُ؛ لِقِيَامِهِ عَلَى مِلْكِهِ، فَإِنْ دَفَعَهُ بِالْجِنَايَةِ اتَّبَعَهُ الْغُرْمَاءُ، فَبِيعَ لَهُمْ. لَا أَنْ يَقْدِيَهُ صَاحِبُ الْجِنَايَةِ بِالذَّيْنِ، فَإِنْ فَدَاهُ صَاحِبُ الْجِنَايَةِ [١٤٦/٣] بِالذَّيْنِ، أَوْ يَبِيعَ فِي الذَّيْنِ؛ رَجَعَ صَاحِبُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمَوْلَى بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ فَسَلِمَتْ لَهُ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ كَانَ مُتَعَلِّقًا بِرِقَبَةِ فَارَعَةٍ».

وَأَمَّا جَاءَ الشُّعْلُ بِفِعْلِ الْمَوْلَى، وَصَارَ الدَّفْعُ عِنْدَ ذَلِكَ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ لَا الْمَعْنَى، وَكَانَ الْوَاجِبُ عَلَى الْمَوْلَى لَدَفْعِ مَنْ كُلِّ وَجْهِ صُورَةً وَمَعْنَى، وَقَدْ امْتَنَعَ الدَّفْعُ مَعْنَى مُضَافًا إِلَى فِعْلِهِ، وَهُوَ الْإِدْنُ السَّابِقُ، فَيُضْمَنُ قِيَمَتَهُ «(٢)». كَذَا فِي «شَرْحِ الْكَافِي».

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنَّ قَتَلْتُ فَلَانًا، أَوْ رَمَيْتُهُ، أَوْ شَجَبْتُهُ «(٣)»، فَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَهُوَ مُخْتَارٌ لِلْفِدَاءِ إِنْ فَعَلَ ذَلِكَ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» «(٤)».

(١) بَطَر «شرح مختصر الكرخي» لبقودري [ق/٣٣٧/دأمد]

(٢) بَطَر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٠٨]

(٣) وقع في الأصل: «شجبتة». وانعكست من: «ن»، و«ها»، و«ع»، و«م»، و«ار»

(٤) ما بين المعقوفين: زيادة من «ن»، و«ع»، و«ها»، و«م»، و«ر».

وَقَالَ زُفَرٌ: لَا يَصِيرُ مُحْتَارًا لِلْفِدَاءِ لِأَنَّ وَقْتَ تَكْلِمِهِ لَا جَايَةَ وَلَا عِلْمَ لَهُ
بُوجُودِهِ، وَتَعَدَّ الْحَنَابِيَّةُ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ يَصِيرُ بِهِ مُحْتَارًا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ عَقَى
الطَّلَاقَ أَوْ الْعَتَاقَ بِالشَّرْطِ ثُمَّ خَلَفَ أَنْ لَا يُطَلَّقَ أَوْ لَا يُعْتَقَ وَجَدَ الشَّرْطَ وَشَتَّ
الْعِتْقَ وَالطَّلَاقَ لَا يَحْتُكُ فِي يَمِينِهِ تِلْكَ، كَذَا هَذَا

﴿ هامة بيان ﴾

وصورتها فيه: «مُحَمَّدٌ عَنِ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله: فِي الرَّجُلِ يَقُولُ
لِعَبْدِهِ. إِنْ قُلْتَ فَلَانَ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ رَمَيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ شَجَجْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، ففَعَلَ
مِنْ ذَلِكَ شَيْئًا، قَالَ: فَهُوَ مُحْتَارٌ لِلدِّيَّةِ»^(١). هَلِي هُنَا نَقَطُ أَصْلُ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمهم الله فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ ضَرَبْتَ
فُلَانًا بِسَيْفٍ، أَوْ بَعَصَى، أَوْ بِسَوْطٍ، أَوْ بِيَدِكَ، أَوْ شَجَجْتَهُ، أَوْ جَرَحْتَهُ؛ فَأَنْتَ حُرٌّ،
فَفَعَلَ ذَلِكَ فَمَاتَ مِنْهُ: عَتَقَ، وَالْمَوْلَى مُحْتَارٌ لِلدِّيَّةِ إِلَّا^(٢) فِيمَا يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ»^(٣).

يَعْنِي: لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْمَوْلَى، بَلْ يَجِبُ ذَلِكَ عَلَى الْعَبْدِ إِذَا فَعَلَ مَا
يُوجِبُ الْقِصَاصَ، وَإِنَّمَا تَجِبُ الدِّيَّةُ عَلَى الْمَوْلَى إِذَا فَعَلَ الْعَبْدُ شَيْئًا يُوجِبُ الدِّيَّةَ،
وَهَذَا عِنْدَنَا.

وَقَالَ زُفَرٌ رحمهم الله: لَا يَكُونُ الْمَوْلَى مُحْتَارًا لِلْفِدَاءِ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَبْدِ. كَذَا
فِي «الْمُخْتَلَفِ»^(٤) وَغَيْرِهِ.

وَجَهُّ قَوْلِ زُفَرٍ رحمهم الله: أَنَّ الْعِتْقَ مِنَ الْمَوْلَى وَجِدَ مِنْهُ بِكَلَامٍ صَدَرَ قَبْلَ الْحَيَاةِ،
وَبَعْدَ الْحَيَاةِ يَمْ بُوْجُودُ مِنْهُ فِعْلٌ، فَلَا يَكُونُ مُحْتَارًا [١٩٥/٨ ط/م] لِلْفِدَاءِ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ بَعْدَ الْحَيَاةِ: أَنَّهُ لَوْ عَلَقَ الطَّلَاقَ، أَوْ

(١) يَظُنُّ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ دَافِعَ الْكَبِيرِ [ص/٥٠٦]

(٢) وَفَعِيَ فِي الْأَصْلِ «لَا أَدَى» وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «أَدَى» وَ«أَدَى»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٣) يَظُنُّ: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/٥٢٦].

(٤) يَظُنُّ «مُخْتَلَفُ الرِّوَايَةِ» لِأَبِي الْبَيْتِ السَّرْفَرَنْدِيِّ [١٨٨٦/٤]

وَلَمَّا أَنَّهُ عَلَّقَ الْإِعْتَاقَ بِالْجِنَايَةِ وَالْمُعْلَقُ بِالشَّرْطِ يُرَى عِنْدَ وُجُودِ الشَّرْطِ
كَالْمُسَجَّرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ ؛ أَلَا يَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ إِنْ دَخَلْتَ
الدَّارَ فَوَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ يَصِيرُ ابْتِدَاءُ الْإِبْلَاءِ مِنْ وَقْتِ الدُّخُولِ ، وَكَذَا إِذَا قَالَ لَهَا
إِذَا مَرَضْتَ فَانْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَمَرَضَ حَتَّى طَلَّقْتَ وَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ يَصِيرُ
فَارًا لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُطْلَقًا بَعْدَ وُجُودِ الْمَرَضِ ، بِخِلَافِ مَا أُوْرِدَ لِأَنَّ غَرَضَهُ طَلَاقٌ

غاية لبيان

الْعِتَاقُ بِشَرْطٍ ثُمَّ خَلَفَ أَلَا يُطْلَقُ ، أَوْ أَلَا يَعْتَقُ ، فَوُجِدَ الشَّرْطُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَوَقَعَ الطَّلَاقُ
الْمُعْلَقُ ، أَوِ الْعِتَاقُ الْمُعْلَقُ ؛ لَا يَحْتَسِبُ فِي يَمِينِهِ ، فَلَوْ كَذَّبَ الْفِعْلُ مَوْجُودًا مِنْهُ بَعْدَ
الْخِلَافِ لَحَسِبَتْ .

فَكَذَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ ؛ لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ فِعْلٌ بَعْدَ الْجِنَايَةِ ؛ وَلَكِنَّهُ مُسْتَهْلِكٌ لِلرَّقَبَةِ عَلَى
أَوْلِيَاءِ الْجِنَايَةِ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ ، كَرَجُلٍ حَمَرٍ بِئْرًا عَلَى قَارِعَةِ الطَّرِيقِ وَلَهُ عَبْدٌ ،
قَتَلَ هَذَا الْعَبْدَ رَجُلًا خَطَأً ، ثُمَّ وَقَعَ الْعَبْدُ فِي الْبَيْتِ فَمَاتَ ؛ فَإِنَّ الْمَوْلَى لَا يَصِيرُ
مُخْتَارًا لِلدِّيَةِ ، وَلَكِنَّهُ يَكُونُ مُسْتَهْلَكًا لِلرَّقَبَةِ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْعَبْدِ ، فَكَذَا هَاهُنَا .

وَلَمَّا: أَنَّ الْكَلَامَ صَارَ إِعْتَاقٌ بَعْدَ الْجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ بِالشَّرْطِ كَالْمُسَجَّرِ عِنْدَ
وُجُودِهِ ، فَصَارَ كَأَنَّ الْعَبْدَ قَتَلَ رَجُلًا خَطَأً ، وَرَأَى الْمَوْلَى فَأَعْتَقَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ يَكُونُ
مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ ، فَكَذَا هَاهُنَا .

أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلًا لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِذَا مَرَضْتَ فَانْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ، فَمَرَضَ وَمَاتَ
مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ ؛ وَرِثَتْ الْمَرْأَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى الْمَرَضِ ؛ صَارَ كَأَنَّهُ
طَلَّقَهَا بَعْدَ مَرَضِهِ .

وَكَذَا لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ ؛ فَوَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ ، يَكُونُ ابْتِدَاءُ الْإِبْلَاءِ
مِنْ [١١٦/٣] وَقْتِ الدُّخُولِ ، فَكَذَا هُنَا يَصِيرُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ ، وَهُوَ يَعْلَمُ
بِدَلَّتْ ، وَلِأَنَّ الْمَوْلَى حَرَضَ عَبْدَهُ عَلَى مُشَاةِ الشَّرْطِ ، وَهُوَ الْقَتْلُ بِتَعْلِيلِ الْعِتَاقِ

أَوْ عِتْقُ يُمَكِّهُ الْإِمْتِنَاعُ عَنْهُ، إِذِ الْيَمِينُ لِلْمَنْعِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَهُ مَا لَا يُمْكِنُهُ
الْإِمْتِنَاعُ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ حَرَّضَهُ عَلَى مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ بِتَغْلِيْقِ أَقْوَى الدَّوَاعِي إِلَيْهِ
وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَفْعَلُهُ، فَهَذَا دَلَالَةُ الْإِخْتِيَارِ.

قَالَ: وَإِذَا قَطَعَ الْعَبْدُ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، فَدَفَعَ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ، أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ.

شَايَةَ بَيَانِ

بِهِذَا الشَّرْطِ: إِذِ الْعِتْقُ الَّذِي يَحْصُلُ بِوُجُودِ الشَّرْطِ مِنْ أَقْوَى الدَّوَاعِي إِلَى وَجُودِ
الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مَحْذُوبٌ مَرْغُوبٌ فِيهِ.

فَصَارَ الْعِتْقُ الْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ كَالْمُبْتَدَأِ مِنَ الْمَوْلَى بَعْدَ وَجُودِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ
الظَّاهِرَ أَنَّ الْعَبْدَ يَفْعَلُ الشَّرْطَ صِلًا لِلْحُرِّيَّةِ، فَيَقَعُ الْعِتْقُ، فَكَانَ مُخْتَارًا لِلْفِعْلِ؛ لِأَنَّ
اخْتِيَارَ الْفِعْلِ اخْتِيَارٌ لِمُوجِبِهِ، فَلَزِمَهُ لِفِدَاءِ صَرُورَةٍ.

وَالْجَوَابُ عَمَّا ذَكَرَ زُفَرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَوَّلًا فَقَوْلُ: إِنَّ عَرَضَ الْحَالِفِ مِنْ يَمِينِهِ ذَلِكَ
لِمَنْعٍ، وَهُوَ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ عَمَّا عَلَّقَهُ قَلْبُ الْحَالِفِ، فَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ دَاخِلًا
تَحْتَ يَمِينِهِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ مُرَادًا بِيَمِينِهِ، بَلْ كَانَ الْمُرَادُ مِنْهَا مَا يُمْكِنُ الْإِمْتِنَاعُ بِهِ
مِمَّا يَخْدُثُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، فَلَمْ يَرِدْ ذَلِكَ عَلَيْنَا.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ: أَنَّهُ إِنَّمَا صَارَ مُتَلِفًا لِلْعَبْدِ بِالْحَفْرِ، وَالْحَفْرِ فِعْلٌ
حَقِيقِيٌّ، وَلَا يُمْكِنُ جَعْلُهُ مَوْجُودًا بَعْدَ الْجَنَائَةِ، فَيَكُونُ مُقْتَسَعًا عَنِ الدَّفْعِ بِفِعْلِ وَجَدَ
مِنْهُ قَبْلَ الْجَنَائَةِ، فَلَا يَصِيرُ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ، فَيَلْزَمُهُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ لِإِتْلَافِهِ.

قَوْلُهُ: (عَلَى مُبَاشَرَةِ الشَّرْطِ)، وَهُوَ الْقَتْلُ، أَوْ الرَّمْيُ، أَوْ الشَّجُّ.

قَوْلُهُ: (أَقْوَى الدَّوَاعِي)، أَرَادَ بِهِ الْحُرِّيَّةَ.

قَوْلُهُ: (إِلَيْهِ) [١٩٦/٨]، أَيُّ: إِلَى الشَّرْطِ، وَ«إِلَى» مِنْ صِلَةِ الدَّوَاعِي.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا قَطَعَ الْعَبْدُ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، فَدَفَعَ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ، أَوْ بِغَيْرِ قَضَاءٍ،

فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْيَدِ، فَالْعَبْدُ صُلِحَ بِالْجَنَابَةِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُعْتَقْ، رُدَّ عَلَى الْمَوْلَى، وَقِيلَ لِلأَوْلِيَاءِ: اقْتُلُوهُ أَوْ اغْفُوا عَنْهُ.

غاية البيان

فَأَعْتَقَهُ ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْيَدِ، فَالْعَبْدُ صُلِحَ بِالْجَنَابَةِ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يُعْتَقْ، رُدَّ عَلَى الْمَوْلَى، وَقِيلَ لِلأَوْلِيَاءِ: اقْتُلُوهُ أَوْ اغْفُوا عَنْهُ، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وصورتها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِفَةَ رضي الله عنه: فِي عَبْدٍ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، فَدَفِعَ الْعَبْدُ إِلَيْهِ بِقَضَاءٍ أَوْ بَعِيرٍ قَضَاءً، فَأَعْتَقَهُ، ثُمَّ مَاتَ الْمَقْطُوعُ يَدَهُ مِنْ ذَلِكَ، قَالَ: الْعَبْدُ صُلِحَ بِالْجَنَابَةِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَقْ رُدَّ الْعَبْدُ عَلَى مَوْلَاهُ، وَيُقَالُ لِلأَوْلِيَاءِ: إِمَّا أَنْ تَقْتُلُوهُ، وَإِمَّا أَنْ تَغْفُوا»^(١). إِنْ هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَهَذِهِ مِنَ الْخَوَاصِّ، وَهِيَ النُّسخَةُ الْمَعْرُوفَةُ.

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير»: «وَذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ هَذَا الْكِتَابِ - أَي: كِتَابِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» - هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى خِلَافِ هَذَا الْوَضْعِ، وَقَدْ فِي رَجُلٍ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، فَصَالَحَ الْقَاطِعُ الْمَقْطُوعَةَ يَدَهُ عَلَى عَبْدٍ، وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَهُ الْمَقْطُوعَةُ يَدَهُ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ، قَالَ: الْعَبْدُ صُلِحَ بِالْجَنَابَةِ، وَإِنْ لَمْ يُعْتَقْ رُدَّ عَلَى مَوْلَاهُ، وَقِيلَ لِلأَوْلِيَاءِ: إِمَّا أَنْ تَقْتُلُوهُ، وَإِمَّا أَنْ تَغْفُوا، فَاتَّفَقَ الْجَوَابُ وَخْتَلَفَ لِسْوَالُ».

يَعْنِي: اتَّفَقَ جَوَابُ النُّسخَتَيْنِ، حَيْثُ كَانَ الْعَبْدُ صُلِحًا بِالْجَنَابَةِ إِذَا كَانَ أَعْتَقَهُ، وَإِذَا لَمْ يُعْتَقْ كَانَ أَوْلِيَاءُ الْقَتِيلِ عَلَى حَيْرَةٍ بَيْنَ الْعَفْوِ وَالْقَتْلِ، وَلَكِنْ اخْتَلَفَ السُّوَالُ. أَي: وَضِعَ الْمَسْأَلَةِ؛ لِأَنَّ فِي النُّسخَةِ الْمَعْرُوفَةِ: «الْجَنَابِيُّ عَبْدٌ»، فَدَفَعَ فِي قَطْعِ الْيَدِ سِدُونَ لَفْظِ الصُّلَحِ، وَفِي النُّسخَةِ لَدُنِيَّةٍ: «الْجَنَابِيُّ حُرٌّ»، فَدَفَعَ عَبْدَهُ بَدَلًا عَنْ الصُّلَحِ فِي قَطْعِ الْيَدِ.

(١) يَظَرُ: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَعَ شَرْحِهِ الْكَبِيرِ، [ص/ ٥١٨].

وَوَحَهُ دَلِيلُكَ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُعْتَقْهُ وَسَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الصَّلَاحَ وَقَعَ بِاطِلَالٍ لِأَنَّ
لِصَّلَاحٍ كَانَ عَنِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ أَطْرَافَ الْعَبْدِ لَا يَجْرِي الْفِصَاصُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَطْرَافِ
لِحُرٍّ فَإِذَا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالَ غَيْرٌ وَاجِبٌ، وَإِنَّمَا الْوَاجِبُ هُوَ الْقَوْدُ فَكَانَ

❦ عَايَةُ الْبَيَانِ ❦

قَالَ فَخَرُّ الْإِسْلَامِ: «وَالأُولَى حُجَّةٌ عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ۖ ﴿٣﴾ [٤٤٧/٣] فِي
الْإِخْتِلَافِ الَّذِي بَيْنَنَا. يَعْنِي: إِذَا قُطِعَ الرَّجُلُ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا، فَقَالَ الْمَقْطُوعَةُ يَدُهُ:
عَفَوْتُ عَنِ الْقَطْعِ، ثُمَّ مَاتَ مِنْهَا، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ۖ ﴿٤﴾: عَلَى الْقَاطِعِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ.

وقال أبو يوسف ومحمد رضي الله عنهما: العفو عن القطع [عفو عن إقطع] ^(١) وعن النفس، كما إذا عفى عن الجناية، أو عفى عن القطع وما يحدث منه، فلما لم يكن العفو عن لقطع عفوًا عن الجناية على النفس على أصله؛ كان ينبغي ألا يقع العفو المدفوع صلحًا عن الجناية على النفس إذا مات المعنوي عليه.

فَقَالَ فخرُ الإسلام: «وذكر بعضُ مشايخنا عليه السلام في [١٦٨/٩٦٨ م] الحَوَاب: أنَّ
المسألةَ موضوعَةٌ في الجِنَايَةِ، وإِنَّمَا أَخَذُوا ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ العَبْدُ صَلُحَ بِالْجِنَايَةِ.
قَالَ: «وهذا التَّأْوِيلُ باطلٌ؛ لَأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَصَحَّ الصُّحُّ أَعْتَقَهُ، أَوْ لَمْ يُعْتَقْ.
وَلَمَّا فَصَّلَ وَجَّعَلَ لِلْأَوْلِيَاءِ حَقَّ الْقِصَاصِ، فَطَنَّ هَذَا التَّأْوِيلُ».

ثُمَّ قَالَ فَحُرِّ الإِسْلَامُ ﷺ: «وَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّ هَذَا صُلْحٌ قَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَبِيبَةَ ﷺ، فَأَوْجَبَ الْمَلِكُ قَصْعًا إِيَّاهُ.

قَالَ: «وهذا ليس بشيء»؛ لأنَّ هذا الصُّلَحَ باطلٌ أصلاً عِندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَنَمَّا تَبَقَّى صَوْرَتُهُ شُبْهَةً، لَا أَنْ يَكُونَ فَاسِدًا، وَلَوْ كَانَ هَذَا عَلَى هَذَا لَوَجِبَتْ عَلَى الْمُعْتَقِ تَمَتُّعٌ لَدِي أَعْتَقَهُ رَدًّا لِلْفَاسِدِ، وَوَجِبَتْ عَلَى الْآخِرِ الدِّيَّةُ، وَإِذَا لَمْ يُعْتَقْهُ رُدُّ الْعَبْدِ، فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ الْفَاسِدَ لَا بُدَّ أَنْ يَصِيرَ شُبْهَةً».

(١) ما بين المعقوفين : زيادة من : (ن) ، و(ع) ، و(ف) ، و(م) ، و(هـ) .

الصُّلْحُ وَاقِعًا بِغَيْرِ بَدَلٍ قَبْلَ [١/٢١٨] وَالتَّاطِلُ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ ، كَمَا إِذَا وَطِنَ الْمُطْلَقَةَ الثَّلَاثَ فِي عِدَّتِهَا مَعَ الْعِلْمِ بِحُرْمَتِهَا عَلَيْهِ فَوَحِبَ الْقِصَاصُ ، بِخِلَافِ

خاتمة المصارف

قَالَ: «وَأَمَّا الْجَوَابُ الصَّحِيحُ، أَنَّ الدَّفْعَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْمَعْرُوفَةِ بِاطِلٍ عِنْدَ أَبِي حَبِيبَةَ رحمته الله؛ لِأَنَّهُ دَفْعٌ بِالْقَطْعِ الَّذِي كَانَ مُوجِبُهُ الْمَالُ، فَلَمَّا سَرَى صَارَ مُوجِبُهُ الْقِصَاصُ، فَلَمْ يَكُنِ الدَّفْعُ فِيهِ حُكْمًا؛ لِأَنَّ الدَّفْعَ وَقَعَ عَنْ غَيْرِ حَقِّهِ، قَبْلَ الدَّفْعِ، وَالدُّلُّ لَا يُورِثُ الشُّبْهَةَ، كَمَا إِذَا وَطِنَ الْمُطْلَقَةَ الثَّلَاثَ فِي عِدَّتِهَا مَعَ الْعِلْمِ بِالْحُرْمَةِ، حَيْثُ يَجِبُ الْحَدُّ، فَكَذَا هُا لَمَّا لَمْ يُورِثِ الشُّبْهَةَ؛ وَحِبَ الْقِصَاصُ، هَذَا إِذَا لَمْ يُعْتَقَهُ».

قَالَ فخر الدين قاضي خان رحمته الله: «وهذا بخلاف ما إذا عفى عن اليد، ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ حَيْثُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ الْعَفْوَ أَبْطَلَ حُكْمَ الْحَايَةِ، فَصَارَ شُبْهَةً فِي ذَرِّ الْقِصَاصِ، فَأَمَّا الدَّفْعُ فِي الْجِنَايَةِ؛ فَلَا يُبْطِلُ الْجِنَايَةَ، بَلْ يَقَرُّرُ مُوجِبَ الْجِنَايَةِ، وَتَقَرُّرُ مُوجِبِ الْجِنَايَةِ لَا يَكُونُ إِبْطَالًا لَهَا».

أَمَّا إِذَا أَعْتَقَهُ فَمَاتَ، فَقَالَ فخر الإسلام رحمته الله: «إِذَا أَعْتَقَهُ مَعَ عِلْمِهِ أَنَّهُ إِذَا سَرَى بَطَلَ الدَّفْعُ، فَيُطْلَقُ إِعْتَاقُهُ؛ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُ دَلَالَةٌ عَلَى ابْتِدَاءِ الصُّلْحِ عَلَى رَقَةِ الْعَبْدِ مِمَّا يَخْدُثُ تَحْقِيقًا لِمَا قَصَدَهُ».

يَعْنِي: لَوْ لَمْ يُجْعَلْ إِقْدَامُهُ عَلَى الْإِعْتَاقِ صُلْحًا مُتَدًّا عَلَى رَقَةِ الْعَبْدِ عَمَّا يَخْدُثُ مِنَ الْقَطْعِ؛ لَمْ يَصِحَّ إِعْتَاقُهُ، فَكَانَ ذَلِكَ صُلْحًا مِنَ الْمَخْبِيِّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْإِعْتَاقَ مِمَّا لَا يَنْفَسِحُ، وَكَذَا الْمَوْلَى رَاضٍ بِالصُّلْحِ أَيْضًا طَاهِرًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِالْعَبْدِ أَنْ يَكُونَ جَزَاءً عَنِ الْقَلِيلِ، فَعَنِ الْكَثِيرِ أَوْلَى. يَعْنِي: لَمَّا رَضِيَ أَنْ يَكُونَ عِندَهُ جَرَاءٌ عَنِ قَطْعِ الْيَدِ؛ كَانَ أَرْضَى بِأَنْ يَكُونَ جَرَاءً عَنِ النَّفْسِ، فَجُعِلَ الْإِعْتَاقُ دَلَالَةً عَلَى الصُّلْحِ مِنَ الْمَخْبِيِّ عَلَيْهِ وَالْمَوْلَى جَمِيعًا، فَإِذَا عُدِمَ [١/٢١٧] الْإِعْتَاقُ فَقَدْ عُدِمَتْ هَذِهِ الدَّلَالَةُ.

مَا إِذَا أَعْتَقَهُ لِأَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الْإِعْتَاقِ يَدُّ عَلَى قَصْدِهِ بَصَحِیح الصُّلْحِ ؛ لِأَنَّهُ لَا صِحَّةَ لَهُ بِدُونِ (١) أَنْ يُجْعَلَ صُلْحًا عَنِ الْحَيَاةِ ، وَمَا يَخْذُثُ مِنْهَا وَلِهَذَا لَوْ نَصَّرَ عَلَيْهِ وَرَضِيَ الْمَوْلَى بِهِ يَصِحُّ وَقَدْ رَضِيَ الْمَوْلَى بِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِ الْعَقْدِ عَوَضًا عَنِ الْقَلِيلِ يَكُونُ أَرْضَى بِكَوْنِهِ عَوَضًا عَنِ الْكَثِيرِ فَإِذَا أُعْتِقَ يَصِحُّ الصُّلْحُ

غايه لمبار

قَالَ: «وَكذلكَ فِي الْمَسْأَلَةِ [١٩٧/٨] الدُّنْيَةِ: إِنْ أَعْتَقَهُ كَانَ ذَلِكَ دَلَالَةً عَلَى ابْتِدَاءِ الصُّلْحِ ، وَالْجَوَابُ رَاضٍ بِذَلِكَ أَبْصًا لِمَا قُلْنَا ، فَانْعَقَدَ صُلْحًا مُبْتَدَأً ، فَإِذَا عُدِمَ الْإِعْتَاقُ عُدِمَتْ دَلَالَةُ ابْتِدَاءِ الصُّلْحِ ، تَقَيَّتْ اشْهُبَةُ فِي حَقِّ وَحُوبِ الْقِصَاصِ: أَنَّ الْعَقْدَ ثَانِي إِذَا لَمْ يَتَجَدَّدْ (٢) وَيَطُلُ الْأَوَّلُ ؛ لِمَ لَا يَصِيرُ الْأَوَّلُ شُبهةً ؟

قَالَ: «وَالْجَوَابُ عَنْهُ: أَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْمَعْرُوفَةِ: فَالْحَوَاطُ سَهْلٌ ؛ لِأَنَّ الدَّافِعَ يَسَّرَ بِتَصَرُّفٍ مُبْتَدَأً ، بَلْ هُوَ تَسْلِيمٌ لِلْوَاجِبِ ، فَإِذَا بَطَلَ الْوَاجِبُ ؛ بَطَلَ التَّسْلِيمُ أَصْلًا ، فَلَا يَبْقَى مَا يَصْلُحُ مُشْبهةً ، فَوَجَبَ الْقَوْدُ.

وَأَمَّا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُخْرَى: وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ عَلَى رَقَبَةٍ لَعَدِ عَنْ جَنَاحِهِ مَوْلَاهُ ؛ فَإِنَّهُ مُشْكِلُ الْحُكْمِ بِالْقِصَاصِ.

فَقَالَ مُشَابِعُنَا ﷺ: لَا نَعْرِفُ لَهُذَ تَأْوِيلًا ، إِلَّا أَنْ يُحْمَلَ جَوَابُ الْكِتَابِ عَلَى الْقَيْسِ: أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ ، وَفِي الْامْتِحَانِ: تَجِبُ لِلدَّيَّةِ كَمَا ذَكَرَ فِي هَذَا الْكِتَابِ وَغَيْرِهِ. كَذَا قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ ﷺ فِي «شرح الجامع الصغير».

قَوْلُهُ: «لِأَنَّهُ لَا صِحَّةَ لَهُ بِدُونِ أَنْ يُجْعَلَ صُلْحًا عَنِ الْحَيَاةِ ، وَمَا يَخْذُثُ مِنْهَا) ، أَيُّ: لَا صِحَّةَ لِلْإِعْتَاقِ بِدُونِ أَنْ يُجْعَلَ إِقْدَامُ الْمَخْنِيِّ عَلَيْهِ عَلَى الْإِعْتَاقِ صُلْحًا عَنِ الْحَيَاةِ ، وَمَا يَخْذُثُ مِنْهَا تَحْقِيقًا لِمَا قَصَدَهُ ، فَكَانَ إِقْدَامُهُ عَلَيْهِ صُلْحًا مُبْتَدَأً.

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «خ: إِلَّا وَأَنْ».

(٢) وَفِي الْأَصْلِ: «يَتَجَدَّدُ» وَاسْتَبْتِ مِنْ «ال» ، وَفِي «٢» ، وَفِي «٤» ، وَفِي «٥» ، وَفِي «٦».

فِي صِمْنِ الْإِعْتَاقِ ائْتِدَاءً وَإِذَا لَمْ يُعْتَقْ لَمْ يُوْجَدْ الصُّلْحُ ائْتِدَاءً وَالصُّلْحُ الْأَوَّلُ
وَقَعَ بَاطِلًا فَيَرُدُّ الْعَبْدُ إِلَى الْمَوْلَى وَالْأَوْلِيَاءُ عَلَى خَيْرَتِهِمْ فِي الْعَفْوِ وَالْقَتْلِ .

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ: رَجُلٌ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ عَمْدًا فَصَالَحَ الْقَاطِعُ الْمَقْطُوعَةَ
يَدُهُ عَلَى عَبْدٍ وَدَفَعَهُ إِلَيْهِ فَأَعْتَقَهُ الْمَقْطُوعَةُ يَدَهُ ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ فَالْعَبْدُ صُلِحَ
بِالْحِجَايَةِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الرُّوَايَةِ . وَهَذَا الْوَضْعُ يَرُدُّ إِشْكَالًا فِيمَا إِذَا عَفَى
عَنِ الْيَدِ ، ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ وَمَاتَ حَيْثُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ هُنَاكَ ، وَهَذَا
قَالَ يَجِبُ . قِيلَ : مَا ذَكَرَ هُنَا جَوَابُ الْقِيَاسِ فَيَكُونُ الْوَضْعَانِ جَمِيعًا عَلَى الْقِيَاسِ

خاتمة البيان

قوله: (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ) ، أي: في بعض نسخ «الجامع الصغير» ، وقد
ذَكَرْنَا تِلْكَ النُّسخَةَ بِتَمَامِهَا قَبْلَ هَذَا .

قوله: (وَهَذَا الْوَضْعُ يَرُدُّ إِشْكَالًا فِيمَا إِذَا عَفَى عَنِ الْيَدِ ، ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ
وَمَاتَ) ، أي: وَضَعُ «الجامع الصغير» في النُّسخَةِ الْمَعْرُوفَةِ ، وَفِي النُّسخَةِ الْآخَرَى
جَمِيعًا يَرُدُّ إِشْكَالًا فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ .

أُعْنِي: فِيمَا عَفَى الْمَقْطُوعَةُ يَدَهُ عَنِ الْيَدِ ، ثُمَّ سَرَى الْقَطْعُ إِلَى النَّفْسِ فَمَاتَ ،
حَيْثُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ثَمَّةً ، تَلَّ تَجِبُ الدِّيَةُ لِكَوْنِ الْعَفْوِ عَنِ الْيَدِ شُبْهَةً .

وَفِي مَسْأَلَتِنَا هَذَا: يَجِبُ الْقِصَاصُ إِذَا لَمْ يُعْتَقِ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ ، فَسَرَى الْقَطْعُ
إِلَى النَّفْسِ ، فَلَا يُجْعَلُ دَفْعُ الْعَبْدِ فِي قَطْعِ الْيَدِ شُبْهَةً ، وَهَذَا هُوَ الْبَيَانُ .

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: أَرَادَ بِهَذَا الْوَضْعِ: الْوَضْعَ الثَّانِي . يُعْنِي: النُّسخَةَ الَّتِي هِيَ غَيْرُ
النُّسخَةِ الْمَعْرُوفَةِ مِنْ نُسْخِ «الجامع الصغير» ، وَذَلِكَ بَعِيدٌ عَنِ التَّحْقِيقِ .

قوله: (قِيلَ: مَا ذَكَرَ هُنَا جَوَابُ الْقِيَاسِ) ، يُعْنِي: يَجِبُ الْقِصَاصُ إِذَا لَمْ يُعْتَقِ
قِيَاسًا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى النُّسخَتَيْنِ جَمِيعًا .

وَالِاسْتِحْسَانِ. وَقِيلَ: بَيْنَهُمَا فَرْقٌ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْيَدِ صَحَّ ظَاهِرًا لِأَنَّ الْحَقَّ كَانَ لَهُ فِي الْيَدِ مِنْ حَيْثُ الظَّاهِرُ فَيَصِحُّ الْعَفْوَ ظَاهِرًا، فَبَعْدَ ذَلِكَ وَإِنْ بطل حُكْمًا يَبْقَى مُوجُودًا حَقِيقَةً فَكَفَى ذَلِكَ لِمَنْعِ وَجُوبِ الْقِصَاصِ. أَمَّا هُنَا الصُّلْحُ لَا يُبْطِلُ الْجَنَابَةَ بَلْ يُقَرِّرُهَا حَيْثُ صَالَحَ عَنْهَا عَلَى مَالٍ، فَإِذَا لَمْ يُبْطَلِ الْجَنَابَةُ لَمْ تَمْسَعْ الْعُقُوبَةُ، هَذَا إِذَا لَمْ يُعْتَقَ، أَمَّا إِذَا أُعْتِقَ فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَوْلِ

غَايَةِ الْبَيَانِ

فَأَجَابَ مُحَمَّدٌ رحمه الله سَوَاحِبَ الْقِصَاصِ قِيَاسًا، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ: تَجِبُ الدِّيَّةُ وَثَمَّةٌ فِي مَسْأَلَةِ الْعَفْوِ عَنِ [١٩٧/٨ ط/م] الْيَدِ وَسِرَائِمِهِ إِلَى النَّفْسِ بَعْدَ ذَلِكَ: تَجِبُ الدِّيَّةُ اسْتِحْسَانًا، فَوَقَعَ جَوَابُ الْمَسْأَلَةِ [١٩٨/٣] ثَمَّةً. اسْتِحْسَانًا، وَفِي الْقِيَاسِ: تَجِبُ الْقِصَاصُ ثَمَّةٌ أَيْضًا، فَكَانَ الْوَضْعُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَالْوَضْعُ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الْقِيَاسِ وَلَا اسْتِحْسَانٍ، فَيَرِدُ الْقِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ جَمِيعًا، فَاَنْدَفَعَ الْإِشْكَالُ.

قَوْلُهُ: (وَقِيلَ: بَيْنَهُمَا فَرْقٌ)، أَي: بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَبَيْنَ مَسْأَلَةِ لِعَفْوِ عَنِ الْيَدِ، حَيْثُ رَجَبَ الْقِصَاصُ هَا [وَأِنْ لَمْ] ^(١) تَجِبُ الْقِصَاصُ ثَمَّةً، بَلْ وَجَبَتْ دِيَّةٌ.

وَجْهُ الْفَرْقِ: أَنَّ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ صَحَّ الْعَفْوَ عَنِ الْيَدِ ظَاهِرًا، لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُ، فَلَمَّا سَرَى تَبَيَّنَ أَنَّ الْعَفْوَ كَانَ عَنْ غَيْرِ حَقِّهِ، فَطُلَّ الْعَمَلُ حُكْمًا، وَلَكِنْ كَانَ وَاَقْعًا حَقِيقَةً، فَكَانَ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي مَنْعِ الْقِصَاصِ، وَهُنَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ الصُّلْحُ لَا يُبْطِلُ الْجَنَابَةَ، بَلْ يُقَرِّرُهَا، فَوَجَبَ الْقِصَاصُ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (فَإِذَا لَمْ يُبْطَلِ الْجَنَابَةُ لَمْ تَمْسَعْ الْعُقُوبَةُ). وَهِيَ الْقِصَاصُ.

قَوْلُهُ: (إِذَا لَمْ يُعْتَقَ: فَالتَّخْرِيجُ مَا ذَكَرْنَاهُ)، وَذَلِكَ أَنَّ إِقْدَامَهُ عَلَى الْإِعْتَاقِ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِهِ تَصْحِيحِ الصُّلْحِ، فَيَكُونُ الْعَبْدُ صُنْحًا بِالْجَنَابَةِ، وَقَدْ مَرَّ تَقْرِيرُ ذَلِكَ قَبْلَ هَذَا.

(١) فِي الْأَصْلِ: «وَلَمْ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «فَإِذَا»، وَ«وَلَمْ».

قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ جَنَابَةً، وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجَنَابَةِ، فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لِصَاحِبِ الدِّينِ، وَقِيمَةٌ لِأَوْلِيَاءِ الْجَنَابَةِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّيْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَضْمُونٌ بِكُلِّ الْقِيَمَةِ عَلَى الْإِنْفِرَادِ:

﴿غاية البيان﴾

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ الْمَأْذُونُ لَهُ جَنَابَةً، وَعَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجَنَابَةِ، فَعَلَيْهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لِصَاحِبِ الدِّينِ، وَقِيمَةٌ لِأَوْلِيَاءِ الْجَنَابَةِ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي رَجُلٍ أَدَّى لِعَبْدِهِ فِي التَّجَارَةِ، فَادَّانَ أَلْفًا، وَقِيَمَتُهُ أَلْفٌ. ثُمَّ جَنَى جَنَابَةً فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى، وَلَا يَعْلَمُ، قَالَ: عَلَيْهِ قِيمَتَانِ: قِيمَةٌ لَوْلِيِّ الْجَنَابَةِ، وَقِيمَةٌ لِلْغُرَمَاءِ»^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ حَقَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ بِالْإِعْتَاقِ حَقَّ التَّبَاعِ عَلَى الْغُرَمَاءِ، وَحَقَّ الدَّفْعِ عَلَى صَاحِبِ الْجَنَابَةِ، وَحَقَّ الْغُرَمَاءِ فِي الثَّمَنِ، وَحَقَّ وَلِيِّ الْجَنَابَةِ فِي الرِّقْبَةِ، فَكَانَتْ جَنَابَتَيْنِ مُتَحَلِفَتَيْنِ، وَمُرَاعَاةُ الْحَقَّيْنِ كَانَتْ مُمَكِّنَةً مِنَ الرِّقْبَةِ، بَأَن تُدْفَعَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ أَوَّلًا، ثُمَّ تُبَاعَ فِي الدِّينِ.

وَأُورِدَ الْعَقِيَّةُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير» فِي هَذَا الْمَقَامِ سَوْأَلًا وَجَوَابًا فَقَالَ:

«فَإِنْ قِيلَ: لَوْ كَانَ أَحَبُّنِي هُوَ الَّذِي قَتَلَ الْعَبْدَ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَةِ وَاحِدَةٍ، فَلِمَ يَجِبُ هَاهُنَا قِيمَتَانِ؟

قِيلَ لَهُ: لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَمْ يَكُنْ مَأْخُودًا بِالدَّفْعِ، وَلَا [١٩٨/٨م] بِقَضَاءِ الدِّينِ، وَلَا يَجِبُ [عَلَيْهِ]^(٢) أَكْثَرُ مِمَّا أَتْلَفَهُ، وَأَمَّا الْمَوْلَى: فَكَانَ مُطَالِبًا بِذَلِكَ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ

(١) يَنْظُرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ النَّامِعِ الْكَبِيرِ [ص ٥٠٨]

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْتَقَاتَيْنِ رِبَادَةٌ مِنْ: «ن»، «ع»، «و»، «ي»، «م»، «ر»

الدَّفْعُ لِلأُولِيَاءِ ، وَالْبَيْعُ لِلغُرَمَاءِ ، فَكُذِّبَ عِنْدَ الْجَمْعِ ، وَيُذَكَّرُ الْحَقُّ بَيْنَ الْحَقَرِ
إِيفَاءً مِنْ الرِّقَّةِ الْوَاحِدَةِ مَا يُدْفَعُ إِلَى ٢٦٨ هـ وَلِيَّ الْجَنَابَةِ ، ثُمَّ يُبَايَعُ لِلغُرَمَاءِ ،

﴿ عناية العباد ﴾

لَوْ قُتِلَ وَهُوَ يَعْلَمُ بِذَلِكَ ؛ وَجَبَ عَلَيْهِ فِي الْجَنَابَةِ الدِّيَّةُ ، وَلَوْ كَانَ لِقَتْلٍ مِنْ قَدَرِ
لِأَجْنَبِيٍّ ، لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِلَّا قِيَمَةُ وَاحِدَةٍ .

قَوْلُهُ : (وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجَنَابَةِ) ، وَإِنَّمَا قَيَّدَ بِعَدَمِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا عَلِمَ ثُمَّ اخْتَرَفَ ،
كَانَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ ، فَوَجِبَتْ الدِّيَّةُ ، وَوَحِشَتِ الْقِسْمَةُ لِصَاحِبِ الدِّينِ ؛ لِأَنَّ الْإِخْتِرَاقَ
بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجَنَابَةِ يُرْجَبُ الْأَرْضَ لَا الْقِيَمَةَ ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ فِي هَذَا الْبَابِ .

قَوْلُهُ : (بِأَنَّهُ يُدْفَعُ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْجَنَابَةِ ، ثُمَّ يُبَايَعُ لِلغُرَمَاءِ) ، وَإِنَّمَا يَعْمَلُ كَذَلِكَ
إِيفَاءً لِلْحَقِّ ، لِأَنَّهُ إِذَا تُدِيَ بِالْذَّيْنِ ، وَيَبِيعُ فِيهِ يَتَعَذَّرُ الدَّفْعُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ ؛ لِأَنَّ
الْمَلِكَ تَجَدَّدَ [٤٤٨ ، ٢] لِلْمُشْتَرِي ، وَلَمْ يُوجَدْ فِي يَدِهِ جَنَابَةً .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي» فِي كِتَابِ الْمَأْذُونِ الْكَبِيرِ : «فَإِنْ
أَعْتَمَهُ وَعَلَيْهِ دِيُونٌ وَجَنَابَاتٌ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِالْجَنَابَةِ ؛ غَرِمَ لِأَصْحَابِ
الدِّينِ قِيَمَتَهُ بِالْفَاءِ مَا بَلَغَتْ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ مَلٍ فِي حَقِّهِمْ ، وَلِأَصْحَابِ الْجَنَابَةِ الْأَقْلَ
مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ [إِلَّا عَشْرَةً] ^(١) ؛ لِأَنَّهُ قِيَمَةُ الدَّمِّ » .

يَعْنِي : إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ عَبْدًا ؛ أَوْجَبَ عَلَيْهِ قِيَمَتَيْنِ ، وَإِنْ أَتْلَفَ رَقَّةً وَاحِدَةً ،
وَلَوْ كَانَ لِمُتْلِفٍ أَجْنَبِيًّا ؛ كَانَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ وَاحِدَةٍ .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْأَنْسَرِيُّ رحمته الله فِي تَعْلِيلِهِ : «لَأَنَّ الضَّمَانَ عَلَيْهِ
بِإِتْلَافِ الْعَبْدِ ، وَهُوَ وَاحِدٌ ، وَالضَّمَانُ عَلَى الْمَوْلَى لَيْسَ بِإِتْلَافِ الْعَبْدِ ، وَلَكِنْ
بِإِتْلَافِ الْحَقِّ ، وَقَدْ أَتْلَفَ حَقَّيْنِ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الرِّقَّةَ تَصْلُحُ وَفَاءً لِلْحَقَّيْنِ عَلَى الْكَمَالِ
فَصَ الْعَبْقِ ، فَإِنَّ حُكْمَ الشَّرْعِ عِنْدَ اجْتِمَاعِ الدِّينِ وَالْجَنَابَةِ أَنْ يُدْفَعَ ثُمَّ يُبَايَعُ ، وَقَدْ

(١) مَا يَبِينُ لِمَقْصُودِي زِيَادَةً مِنْ : (١) ، وَ (٢) ، وَ (٣) ، وَ (٤) ، وَ (٥) ، وَ (٦) ، وَ (٧) .

فَيُضَمُّهَا بِالْإِثْلَافِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَتَلَفَهُ أَجَنَّبِيَّ حَيْثُ تَجِبُ قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ لِلْمَوْلَى وَيُدْفَعُهَا الْمَوْلَى إِلَى الْغُرَمَاءِ، لِأَنَّ الْأَجَنَّبِيَّ إِنَّمَا يَضْمَنُ لِلْمَوْلَى بِحُكْمِ الْمَلِكِ فَلَا يَظْهَرُ بِمُقَابَلَتِهِ الْحَقُّ؛ لِأَنَّهُ دُونَهُ، وَهَذَا يَجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِإِثْلَافِ الْحَقِّ فَلَا تَرْحِيحُ فَيُظْهَرُ إِنْ فَيُضَمُّهُمَا.

قَالَ: وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الْأُمَّةُ الْمَأْذُونُ لَهَا، ثُمَّ وَلَدَتْ؛ فَإِنَّهُ يُبَاعُ الْوَلَدُ مَعَهَا فِي الدِّينِ، وَإِنْ جَنَّتْ جِنَابَةً لَمْ يُدْفَعِ الْوَلَدُ مَعَهَا.

غاية البيان

تعذر كل ذلك.

بمضى فَوَتْ حَقَّيْنِ ضَمِنَ قِيَمَتَيْنِ، وَلَا خُصُومَةَ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ وَأَصْحَابِ الْجِنَابَاتِ، يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ لَا يُشَارِكُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا فِيمَا يَسْتَوْفِي؛ لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ مُخْتَلِفَانِ، وَجَبَا بِسَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فِي مَحَلَّتَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ وَهُوَ يَعْلَمُ بِالْجِنَابَاتِ؛ صَمِنَ الْجِنَابَاتِ كُلَّهَا؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فِي حَقِّهِمْ. كَذَا فِي «الشرح الكافي».

قَوْلُهُ: (فَيُضَمُّهُمَا)، أَي: يَضْمَنُ الْمَوْلَى الْحَقَّيْنِ بِالْإِعْتِقِ لِصَاحِبِ الدِّينِ وَوَلِيِّ الْجِنَابَةِ.

قَوْلُهُ: (فَلَا يَظْهَرُ بِمُقَابَلَتِهِ الْحَقُّ؛ لِأَنَّهُ دُونَهُ)، أَي: لِأَنَّ الْحَقَّ دُونَ الْمَلِكِ. يَعْنِي: لَا يَضْمَنُ الْأَجَنَّبِيُّ سِوَى قِيَمَةِ الْعَدْلِ [١٩٨/٢١٩] لِلْمَوْلَى، وَلَا يَضْمَنُ لِوَلِيِّ الْجِنَابَةِ شَيْئًا، ثُمَّ يُدْفَعُ الْمَوْلَى تِلْكَ الْقِيَمَةُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَابَةِ وَأَصْحَابِ الدِّينِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا اسْتَدَانَتِ الْأُمَّةُ الْمَأْذُونُ لَهَا، ثُمَّ وَلَدَتْ؛ فَإِنَّهُ يُبَاعُ الْوَلَدُ مَعَهَا فِي الدِّينِ، وَإِنْ جَنَّتْ جِنَابَةً لَمْ يُدْفَعِ الْوَلَدُ مَعَهَا)، أَي: قَالَ فِي «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيْفَةَ عليه السلام»: فِي رَحْلِ أَدْنَى لِأَمَتِهِ فِي التَّحَارَةِ، فَتُسْتَدِينُ دِينًا ثُمَّ تَلِدُ، قَالَ: يُبَاعُ وَلَدُهَا مَعَهَا فِي الدِّينِ، وَإِنْ جَنَّتْ

وَالْفَرْقُ أَنَّ الدَّيْنَ وَصَفَ حُكْمِيٍّ فِيهَا وَاجِبٌ فِي ذِمَّتِهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا
اسْتِيفَاءً فَيَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ كَوَلَدِ امْرَأَتِهِ، بِخِلَافِ الْجِنَايَةِ لِأَنَّ وُجُوبَ الدَّفْعِ

عبد تبيين

جِنَايَةٍ، ثُمَّ وَلَدَتْ، دُفِعَتِ الْأُمُّ وَلَمْ يُدْفَعْ الْوَلَدُ^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَالْفَرْقُ: أَنَّ الدَّيْنَ وَاجِبٌ عَلَيْهَا مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهَا، فَيَتَعَلَّقُ بِجَمِيعِ أَجْزَائِهَا،
وَالْوَلَدُ مِنْ أَحْرَائِهَا، فَكَمَا تَبَاعُ الْأُمُّ يَبَاعُ الْوَلَدُ، بِمِثْلِ وَلَدِ الْمَرْهُونَةِ.

أَمَّا مُوجِبُ الْجِنَايَةِ: فَالدَّفْعُ أَوْ الْعِدَّةُ، وَدَلَّكَ عَلَى الْمَوْلَى، فَكَانَتْ رَقَبَتُهَا
خَالِيَةً عَنِ الْحَقِّ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِالْوَلَدِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ الْجَارِيَةُ مِلْكًا لِأَوْلِيَاءِ الْحَيَاةِ بَعْدَ
التَّسْلِيمِ، وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ الْوَلَدُ مُنْفَصِلٌ عَنْهَا.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْبَلَيْثِ رحمته الله: «وَلَيْسَ الْجِنَايَةُ كَالدَّيْنِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْحَيَاةِ عَلَى
الْمَوْلَى فِي رَقَبَتِهَا، وَأَمَّا الدَّيْنُ فِي رَقَبَتِهَا، وَلَيْسَ عَلَى الْمَوْلَى».

أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَوْلَى لَوْ بَاعَ الْأَمَةُ وَعَلَيْهَا دَيْنٌ، فَلِلْغُرْمَاءِ أَنْ يُبْطِلُوا [٥٠٧/٣]،
الْبَيْعَ، وَلَوْ كَانَتْ عَلَيْهَا جِنْدِيَّةٌ فَبَاعَهَا الْمَوْلَى، فَلَيْسَ لِأَصْحَابِ الْجِنْدِيَّةِ أَنْ يُبْطِلُوا
الْبَيْعَ، وَلَكِنَّهُمْ يَسْبِعُونَ الْمَوْلَى، وَلِأَنَّ تَعَلُّقَ الدَّيْنِ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ أَنْزَلَ حُكْمَهُ،
وَالْأَوْصَافُ الْحُكْمِيَّةُ تَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ كَالْكُنَانَةِ وَالرَّهْنِ، وَأَمَّا مَحَلُّ الدَّفْعِ [فَهُوَ
كَالْجَانِي]^(٢)، وَالدَّفْعُ وَصْفٌ حَقِيقِيٌّ، وَالْأَوْصَافُ الْحَقِيقِيَّةُ لَا تَسْرِي إِلَى الْوَلَدِ.

وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ فِيهِ: مَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَشْجَبِي رحمته الله: «وَإِذَا
جَنَّتِ الْأَمَةُ [جِنَايَةً]^(٣)، ثُمَّ زَلَدَتْ وَلَدًا، أَوْ اكْتَسَبَتْ كَسْبًا، أَوْ جُنِيَ عَلَيْهَا، فَأَحَدُ
الْمَوْلَى أَرْشَهَا، فَإِنَّهُ يَدْفَعُهَا بِالْجِنَايَةِ وَأَرْشَهَا، وَلَا يَدْفَعُ وَلَدَهَا وَكَسْبَهَا؛ لِأَنَّ حُكْمَ

(١) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص ٥٠٧].

(٢) وقع في الأصل: «وهو الجاني» وانصبت من «فأ».

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من «ن»، «و»، «غ»، «و»، «ف»، «م»، «و».

فِي ذِمَّةِ الْمَوْلَى لَا فِي ذِمَّتِهَا، وَإِنَّمَا يُلَاقِيهَا أَثَرُ الْفِعْلِ الْحَقِيقِيِّ وَهُوَ الدَّفْعُ
وَالسَّرَايَةُ فِي الْأَوْصَافِ الشَّرْعِيَّةِ دُونَ الْأَوْصَافِ الْحَقِيقِيَّةِ.

هذه البيان

الجنائية وجوب الدفع بالحماية، وودعها وكسبها لا يوصف بالجنائية.

وليس هذا من قبيل حق وحب في رقتيها حتى يسري إلى وليها بمنزلة
الدَّيْنِ؛ لأنَّ الواجب في الحقيقة الفعل على المولى، ومن وجب عليه الفعل في
محل؛ لا يلزمه الفعل في محل آخر، ومتى لم يجب دفع ولدها؛ لئلا يجب دفع
كسبها، وهو أبعد من الولد أولى، ووجب دفع الأرض [م/د، ١٩٩/٨]؛ لأنه بدل
الطرف، قائم مقام الطرف، فكان الطرف قائم، ولو كان قائما حقيقة يلزمه دفعها؛
لأنها واجبة الدفع بجميع أجزائها، فكذلك إذا كان قائما حكما.

وإن كان وجب لها الأرض قبل جنائيتها؛ لم يدفع الأرض معها؛ لأنَّ حق ولي
الحماية لم يكن متعلقا بطرفها حين جت، فلا يتعلق بأرضها، فإن لم يعلم ذلك،
فالقول فيه قول المولى؛ لأنه عرف حقا للمولى، ولا يثبت الاستحقاق عليه بالشك.

وإن كان وجب لها الأرض بعد جنائيتها، فاستهلك المولى الأرض، أو وهبه
للجاني عليها؛ لم يكن مختارا، وله أن يدفعها ويغرم مثل ما استهلك من أرضها،
وإن كان الجاني عليها عبدا، فدفع بالحماية، وقضه المولى دفعه معها بحمايتها؛
لأنَّ العبد قائم مقام طرفها، وقد ذكرنا أنها واجبة الدفع بجميع أجزائها عند اختيار
الدفع كما في الأرض، فإن اعتق العبد صار مختارا للأمة وعليه الدية؛ لأنَّ العبد
قائم مقام الطرف، فصار إعتاقه واستهلاكه بمنزلة استهلاك طرفها حقيقة.

ولو استهلك طرفها حقيقة، ليس يجعل مختارا للفداء في كلها؛ لأنه مما لا
يتجرأ؟ فكذلك إذا استهلك ما هو قائم مقام طرفها حكما، بخلاف ما إذا أتلَفَ الأرض
وهو دراهم، أو دنائير، حيث لم يجعل مختارا للفداء، وإن كان قائما مقام طرفها

وإذا كان العبد لرجل، رغم رجل أن مولاه أعفاه، فقتل العبد ولبا لدم
لرجل خطأ، فلا شيء له، لأنه لما زعم أن مولاه أعفاه فقد ادعى الدية على
تعاونه وأمرأ العبد والمولى إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة.

غاية العبد

حكمه: لأن الأرض غير متعبر للدفع شرعا.

ألا ترى أنه لو أمسكها ودفع مثله، له ذلك، فلا يَحْتَقُّ استهلاك ما لم يَمُتْ دفعه
حتى يصير مختارا، بخلاف العبد، فإنه متعبر الدفع عند اختيار الدفع، ولو أعفاه
العبد، وهو لا يعلم بالجنابة من الأمة؛ دفع الأمة وقيمة العبد؛ لأنه بمنزلة بعض
العبد. والحكم في كل الجنابة هكذا إذا امتنع دفعها وهو لا يعلم [١٠٠] -
بجذبتها، فكذا في بعضها. كذا في «شرح الكافي».

قوله: (وإذا كان العبد لرجل، رغم رجل أن مولاه أعفاه، فقتل العبد وبه
لذلك الرجل خطأ، فلا شيء له). وهذه مسألة «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «محمّد، عن يعقوب، عن أبي حنيفة عليه السلام: في عبد لرجل،
رغم رجل أن مولاه أعفاه، ثم إن العبد حتى على ولي هذا الذي زعم أنه أعفاه
فقتله خطأ، قال: ليس [لهذا الذي] ^(١) زعم أنه أعفاه قليل ولا كثير ^(٢). إلى هـ
لفظ محمد عليه السلام في أصل «الجامع الصغير».

وذلك لأن من زعم المقر بالعق: أن موحب جنابته على عاقلته، فكذلك
[١٠١] ذلك منه إبراء للمولى والعبد، فلم يَمُتْ ما أقربه من الإبراء؛ لأن الإنسان
مؤاخذ برغمه، ولم يصح ما ادّعاء من غير حجة، فلم يكن له شيء أصلا. كذا
قالوا في «شرح الجامع الصغير».

(١) وقع في الأصل «هذا» والجنب من «ان»، و«ان» و«ان»، و«ان»، و«ان».

(٢) بظهر «الجامع الصغير» مع شرحه لدفع الكبير [ص/٥٠٧].

قَالَ: وَإِذَا أُعْتِقَ الْعَبْدُ، فَقَالَ لِرَجُلٍ: قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَاً وَأَنَا عَبْدٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: قَتَلْتُهُ وَأَنْتَ حُرٌّ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلضَّمَانِ لَمَّا أَنَّهُ أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَاقِيَةٍ لِلضَّمَانِ، إِذَا الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا عُرِفَ رِقُّهُ، وَالْوَجُوبُ فِي حِنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى الْمَوْلَى دَفْعًا أَوْ فِدَاءً، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ الْبَالِغُ الْعَاقِلُ طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا صَبِيٌّ أَوْ بَعْتُ دَارِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أَوْ قَالَ طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا مَجْنُونٌ

غاية قبيح

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا أُعْتِقَ الْعَبْدُ، فَقَالَ لِرَجُلٍ^(١): قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَاً وَأَنَا عَبْدٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: قَتَلْتُهُ وَأَنْتَ حُرٌّ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ». وَصَوَرُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهم الله: فِي عَبْدٍ أُعْتِقَ، ثُمَّ قَالَ لِرَجُلٍ: قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَاً وَأَنَا عَبْدٌ، وَقَالَ الرَّجُلُ: بَلْ قَتَلْتُهُ^(٢) وَأَنْتَ حُرٌّ، قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْعَبْدِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ عَبْدًا فَأُعْتِقَ^(٣)». إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ». وَدَلِيلُ لَأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى بَرَاءَةِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ قَتَلَهُ وَهُوَ عَبْدٌ فَإِنَّ الضَّمَانَ عَلَى مَوْلَاهُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ أَوْ الْفِدَاءِ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى إِذَا أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْعِلْمِ بِالْجِنَايَةِ فَعَلَيْهِ الْفِدَاءُ، وَإِنْ كَانَ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ فَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ، وَإِنْ كَانَ قَتَلَهُ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ فَذَلِكَ عَلَى عَاقِلَةِ مَوْلَاهُ، وَإِنْ كَانَ حُرًّا فَذَلِكَ عَلَى عَاقِلَتِهِ أَيْضًا.

وَإِنْ كَانَ لَا عَاقِلَةَ لَهُ فَعِيْنَتُهُ يَلْزَمُ مُوْجِبُ جِنَايَتِهِ عَلَيْهِ، فِإِذَا الْعَبْدُ أَنْكَرَ الضَّمَانَ أَصْلًا، لَمَّا أَنَّهُ نَسَبَهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ تُنَاقِي وَجُوبَ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَصَوَّرُ وَجُوبَ الضَّمَانِ فِي قَتْلِ الْخَطَا عَلَى الْعَبْدِ فِي حَالِ رِقِّهِ أَصْلًا، فَكَذَلِكَ جُعِلَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْعَبْدِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِالْإِجْمَاعِ.

بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي تَلِيهَا، كَمَا إِذَا قَالَ الْبَالِغُ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنَا صَبِيٌّ، أَوْ

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ «ن»، وَ«ع»، وَ«ف»، وَ«م»، وَ«ر».

(٢) وَقَعَ فِي «الْأَصْلِ» «رَجُلٌ قَتَلْتُهُ». وَاحْتِثَتْ مِنْ: «ن»، وَ«ف»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٣) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ الْمَدْفَعِ الْكَبِيرِ [ص/٥٠٧].

أَوْ بَعْدَ ذَرِيٍّ وَأَنَا مَحْصُونٌ وَقَدْ كَانَ حُصُونُهُ مَعْرُوفًا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ لَمَّا ذَكَرَ
 قَالَ وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً، ثُمَّ قَالَ لَهَا قَطَعْتُ يَدَكَ وَأَنْتِ أُمِّي، وَقَالَتْ
 قَطَعْتُهَا وَأَنَا حُرَّةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أَخَذَ مِنْهَا إِلَّا الْجَمَاعَ وَالْعَلَّةَ
 اسْتَحْصَانًا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ لَا يَضْمَرُ إِلَّا
 شَيْئًا بَعِيْهِ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ مَكْرٌ وَجُوبُ الصَّمَانِ لِإِسْنَادِهِ أَعْمَلُ إِلَى

❦ هَايَةَ الْبَيَانِ ❦

قَالَ الْعَاقِلُ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَأَنْ مَحْصُونٌ، وَكَانَ حُصُونُهُ مَعْرُوفًا؛ يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ.
 لِأَنَّهُ أَسْتَدَّ بِقَرَارِهِ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُتَنَافِيَةٍ لِصِحَّةِ الْإِقْرَارِ، لِأَنَّ الصَّبَا وَالْجُسُونَ يَتَنَافِي
 ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: أَقَرَرْتُ بِهَذَا الْمَدِّ لِفُلَانٍ وَأَنَا صَبِيٌّ، وَقَالَ الْمُقَرِّرُ لَهُ: بَلْ
 أَقَرَرْتُ بِهِ وَأَنْتَ بِالْعُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقَرِّرِ؛ لِأَنَّ الصَّبَا يَتَنَافِي وَجُوبَ الْإِقْرَارِ، وَكَذَا
 إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: أَعْتَقْتُكَ قَبْلَ أَنْ أُخْلَقَ، أَوْ قَبْلَ أَنْ تُخْلَقَ.

قَوْلُهُ: (لَمَّا ذَكَرْنَا)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لَمَّا أَنَّهُ أَسْتَدَّهُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُتَنَافِيَةٍ
 لِلصَّمَانِ).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَعْتَقَ جَارِيَةً، ثُمَّ قَالَ لَهَا: قَطَعْتُ يَدَكَ وَأَنْتِ أُمِّي، وَقَالَتْ
 قَطَعْتُهَا وَأَنَا حُرَّةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا أَخَذَ مِنْهَا غَيْرَ الْجَمَاعِ وَالْعَلَّةِ
 اسْتَحْصَانًا، وَهَذَا [١٥٠٢] عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ❦، وَقَالَ مُحَمَّدٌ ❦: لَا
 يَضْمَرُ إِلَّا شَيْئًا بَعِيْهِ يُؤْمَرُ بِرَدِّهِ عَلَيْهَا)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوَرُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَنْ [٢١٠/٨] يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ❦: فِي
 رَحْلِ أَعْتَقَ جَارِيَةً لَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهَا: قَطَعْتُ يَدَكَ وَأَنْتِ أُمِّي، فَقَالَتْ: لَا، بَلْ قَطَعْتُهَا
 وَأَنَا حُرَّةٌ، قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْجَارِيَةِ، وَكَذَلِكَ مَا أَخَذَ مِنْهَا إِلَّا الْجَمَاعَ وَالْعَلَّةَ، وَهَذَا
 قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ❦».

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ❦: لَا يَضْمَرُ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَاصُولُ قَوْلِهِ، إِلَّا أَنْ يُقَرَّرَ

حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُتَّفِقَةٍ [٢٦٩/ر].....

غاية البيان

الْمَوْلَى شَيْءٌ بِعَيْنِهِ فِي يَدِهِ فَيُرَدُّهُ، وَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ. وَإِذَا قَالَ: جَامَعْتُكَ وَأَنْتَ أَمَةٌ لِي، فَقَالَتْ: لَا، وَلَكِنَّتُ جَامَعْتَنِي وَأَنَا حُرَّةٌ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّحْلِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ ﷺ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَجْهٌ قَوْلِ مُحَمَّدٍ ﷺ: أَنَّهُ أَضَافَ الْفِعْلَ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ تُتَّفِقُ تِلْكَ الْحَالُ وَحُوبَ الضَّمَانِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَكَمَا فِي الْوَطْءِ وَالْعَلَّةِ.

وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ ﷺ فِي «التَّقْرِيبِ»: قَوْلَ زُفَرٍ كَقَوْلِ مُحَمَّدٍ ﷺ.

وَلَهُمَا: أَنَّ الْمَوْلَى مَا أَضَافَ إِقْرَارَهُ إِلَى حَالَةٍ مُتَّفِقَةٍ لِلضَّمَانِ، فَإِنْ قَطَعَ الْمَوْلَى يَدَهَا يُوجِبُ الضَّمَانَ إِذَا كَانَتْ مَذْيُونَةً، وَكَذَلِكَ إِذَا أَتْلَفَ مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ الْمَأْذُونِ الْمَذْيُونِ يَضْمَنُ، فَلَا يَكُونُ مُنْكَرًا لِلضَّمَانِ، بَلْ يَكُونُ مُدَّعِيًا لِلْبَرَاءَةِ.

بِخِلَافِ الْعُقْرِ، فَإِنَّ حَقَّ الْغُرْمَاءِ لَا يَتَعَلَّقُ بِمَنَافِعِ بَعْضِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مَذْيُونَةً؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِمَالٍ، فَلَمْ يَكُنْ مُقْرَأً، بَلْ كَانَ مُنْكَرًا، وَكَذَلِكَ أَخَذُ الْعَلَّةِ، فَإِنَّ الْمَوْلَى إِذَا صَرَبَ عَلَى عَبْدِهِ غَلَّةً، وَهُوَ مَذْيُونٌ يَصْغُحُ، وَلَوْ أَخَذَ لَا يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَى الْمَوْلَى، فَكَانَ مُنْكَرًا. كَذَا ذَكَرَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ فِي «شرح الجامع الصغير».

وَلَا يَنْقُطُ الْمَوْلَى لِيَدِ عَبْدِهِ جَنَابَةً، بِدَلَالَةِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ، وَمَتَى اعْتَرَفَ بِجَنَابَةٍ ثُمَّ ادَّعَى مَعْنَى يُوجِبُ سَقُوطَ الضَّمَانِ؛ لَمْ يُصَدَّقْ، كَذَعْوَى الْبَرَاءَةِ، وَلَئِنَّهُ لَمَّا أَقْرَبَ بِالْجَنَابَةِ، ثُمَّ ادَّعَى التَّارِيخَ، وَكُلُّ أَمْرٍ حَادِثٍ لَا يُعْلَمُ تَارِيخُهُ؛ يُحْكَمُ بِوُقُوعِهِ فِي أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ، وَأَقْرَبُ الْأَوْقَاتِ حَالُ الْخُصُومَةِ، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ.

قَالَ الْقُدُورِيُّ ﷺ فِي «التَّقْرِيبِ»: «وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا إِذَا قَالَ الْحَاكِمُ بَعْدَ الْعَرْلِ: قَطَعْتُ يَدَكَ فِي سَرَقَةٍ، أَوْ قِصَاصٍ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْحَاكِمِ لَيْسَ بِجَنَابَةٍ، وَمَتَى

(١) يَنْظُرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ لِجَامِعِ الْكَبِيرِ [ص ٥٠٨].

غاية البيان

لَمْ يَعْتَرَفْ بِحَسَابَةٍ قَبْلَ قَوْلِهِ فِي إِصَافَةِ ذَلِكَ إِلَى حَالَةٍ مَعْلُومَةٍ.

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله: «وهذه لمسات على ثلاثة أوجه:

فِي وَجْهِ قَالَ فِيهِ: يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَوْلَى.

وَفِي وَجْهِ: يَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الْحَارِيَةِ.

وَفِي وَجْهِ: اخْتَلَفُوا.

فَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلَ الْحَارِيَةِ: إِنَّهُ إِذَا أَقَرَّ الْمَوْلَى أَنَّهُ أَحَدٌ مِنْهَا مَالًا، وَالْمَالُ قَائِمٌ فِي يَدِ الْمَوْلَى وَقَتَ [٨/٢٠٠ ط ٢٠٠] الْمُنَارَعَةِ، فَقَدْ انْصَرَفَ أَحَدُهُمْ مَكَ قَبْلَ الْعِتْقِ، وَقَالَتِ الْحَارِيَةُ: أَخَذْتَهُ مِنِّي بَعْدَ الْعِتْقِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْاِخْتِلَافَ وَقَعَ فِي تَحْوِيلِ الْمَالِ، فَادَّعَى الْمَوْلَى أَنَّهُ تَحَوَّلَ إِلَى مَيْكِهِ، وَالْحَارِيَةُ مُنْكَرَةً، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَكُونُ الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلَ الْمَوْلَى: إِذَا أَحَدَ مِنْهَا الْغَلَّةَ، أَوْ وَضَعَهُ [٣/٥٠١ ط ٥٠١] وَقَالَ: إِنَّمَا فَعَلْتُ ذَلِكَ فِي حَالِ الرُّقِّ، وَقَالَتِ الْحَارِيَةُ: بَلْ فَعَلْتُ فِي حَالِ الْحُرِّيَةِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ وَطْءَ الْحُرَّةِ مَرَّةً يُوجِبُ الْمَالَ، وَمَرَّةً لَا يُوجِبُ. لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ رَبِّي بِالْحَارِيَةِ؛ لَا يَجِبُ بِهِ الْمَهْرُ.

وَفِي أَخْذِ الْغَلَّةِ أَيْضًا مَرَّةً يَجِبُ الضَّمَانُ، وَمَرَّةً لَا يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ غَضَّتِ الْحُرُّ وَاسْتَعْلَهُ؛ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ، فَلَمَّا كَانَ فِي الْحُرِّ مَرَّةً يَجِبُ الضَّمَانُ، وَمَرَّةً لَا يَجِبُ. وَمَرَّةً لَا يَجِبُ الْمَهْرُ لِلْأَمَةِ؛ اشْتَبَهَ الْأَمْرُ، فَلَا يَجِبُ بِالشَّكِّ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ: فَهُوَ مَا إِذَا سَتَهَلَكَ مَالُهَا، أَوْ قَطَعَ يَدَاهَا عَلَى الْاِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَا.

كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَكَمَا فِي الْوُطْءِ وَالْعَلَّةِ. وَفِي الشَّيْءِ الْفَائِمِ أَقَرَّ بِيَدِهَا
حَيْثُ اعْتَرَفَ بِالْأَخْذِ مِنْهَا ثُمَّ ادَّعَى التَّمَلُّكَ عَلَيْهَا وَهِيَ مُنْكَرَةٌ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكَرِ
فَلِهَذَا يُؤْمَرُ بِالرَّدِّ إِلَيْهَا.

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ثُمَّ ادَّعَى مَا يُرِيئُهُ فَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ كَمَا إِذَا
قَالَ لِغَيْرِهِ: فَقَاتُ عَيْنَكَ الْيُمْنَى، وَعَيْنِي الْيُمْنَى صَحِيحَةٌ، ثُمَّ فُقِئَتْ، وَقَالَ
الْمُقَرَّرُ لَهُ: لَا بَلْ فَقَاتَهَا وَعَيْنُكَ الْيُمْنَى مَفْقُوءَةٌ؛ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَهَذَا؛
لأنه ما أسندهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ؛ لأنه يَضْمَنُ يَدَهَا لَوْ قَطَعَهَا وَهِيَ

غاية البيان

قوله: (كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى)، أَشَارَ بِهَا إِلَى قَوْلِهِ: (وَإِذَا أُعْتِقَ الْعَبْدُ، فَقَالَ
لِرَجُلٍ: قَتَلْتُ أَخَاكَ خَطَأً وَأَنَا عَبْدٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: قَتَلْتَهُ وَأَنْتَ حُرٌّ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ
الْعَبْدِ).

قوله: (كَمَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ: فَقَاتُ عَيْنَكَ الْيُمْنَى، وَعَيْنِي الْيُمْنَى صَحِيحَةٌ، ثُمَّ
فُقِئَتْ، وَقَالَ الْمُقَرَّرُ لَهُ: لَا بَلْ فَقَاتَهَا وَعَيْنُكَ الْيُمْنَى مَفْقُوءَةٌ؛ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُقَرَّرِ
لَهُ)، وَدَلَّكَ لِأَنَّ الْمُقَرَّرَ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، ثُمَّ ادَّعَى مَا يُرِيئُهُ.

بيان ذلك: أَنَّ الْمُعَاثِلَةَ فِيهَا دُونَ النَّفْسِ مُعْتَبَرَةٌ، حَتَّى لَا يُؤْخَذَ الْيُمْنَى
بِالْيُسْرِ، وَلَا الْيُسْرِ بِالْيُمْنَى، وَلَا الْيَدُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلَاءِ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ تَعَيَّنَ
الْقِصَاصُ فِي الْيُمْنَى مِنْ عَيْنِي الْجَانِي، فَإِذَا فَاتَتْ قَبْلَ الْعُدُولِ مِنَ الْمُوجِبِ
الْأَصْلِيِّ، وَهُوَ الْقِصَاصُ إِلَى الْمَالِ؛ سَقَطَ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَصْلًا، كَمَا إِذَا قُتِلَ
الْعَبْدُ الْجَانِي أَوْ مَاتَ، وَهُوَ الْمُقَرَّرُ مِنْ هَذَا الْكَلَامِ بَرَاءَةٌ ذَمَّتْهُ عَنِ الضَّمَانِ أَصْلًا،
وَمُرَادُ الْمُقَرَّرِ لَهُ دَعْوَى نِصْفِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا فُقِئَتْ عَيْنُهُ الْيُمْنَى، وَيُمْنَى الْفَائِمِ
حِينَئِذٍ مَفْقُوءَةٌ؛ يَحِبُّ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ.

قوله: (وَهَذَا لِأَنَّهُ مَا أَسْنَدَهُ إِلَى حَالَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ)، أَي: لَا مُحَالَةَ، وَأَشَارَ

مَذْيُونَةٌ ، وَكَذَا يَضْمَنُ مَالُ الْحَرْبِيِّ إِذَا أَخَذَهُ وَهُوَ مُسْتَأْمَنٌ ، بِجَلَابِ الْوُطْءِ وَالْعَلَةِ
لِأَنَّ وَطْءَ الْمَوْلَى أَمْتُهُ الْمَذْيُونَةُ لَا يُوجِبُ الْعُقْرَ ، وَكَذَا أَخْذُهُ مِنْ عِلَّتِهَا ، وَإِنْ
كَانَتْ مَذْيُونَةً لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَيْهِ فَحَصَلَ الْإِسَادُ إِلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُدْفِئَةٍ
قَالَ : وَإِذَا أَمَرَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ ، فَعَلَى عَاقِلَةِ
الصَّبِيِّ الدِّيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْقَاتِلُ حَقِيقَةً ، وَعَمْدُهُ وَخَطَرُهُ سَوَاءٌ عَلَى مَا بَيَّنَّا مِنْ
قَتْلٍ .

نهاية البيان

به إلى قوله : (أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ ، ثُمَّ ادَّعى مَا يُبَرِّئُهُ) ، فَلَا يَكُونُ الْقَوْلُ لَهُ .

قوله : (قَالَ : وَإِذَا أَمَرَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ ، فَعَلَى عَاقِلَةِ
الصَّبِيِّ الدِّيَّةُ) ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بِهَذِهِ الصُّورَةِ ذُكِرَتْ فِي بَعْضِ نُسَخِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ،
وَلَمْ تُذَكَّرْ فِي الْبَعْضِ ، وَلِهَذَا لَمْ يَذْكُرْهَا الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ وَفَخْرُ الْإِسْلَامِ رحمهما الله ، وَذَكَرَهَا
الْقَاضِي أَبُو طَاهِرِ الدِّبَّاسُ ، وَشَمْسُ [٢٠١/٨] الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ ، وَالصَّدْرُ الشَّهِيدُ ،
وَقَاضِي خَانَ رحمهم الله .

فَقَالَ قَاضِي خَانَ : «عَبْدٌ مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، أَمَرَ صَبِيًّا حُرًّا لِيَقْتُلَ رَجُلًا ، فَعَمَلٌ ،
فَعَلَى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ الدِّيَّةُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْآمِرِ ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْآمِرُ صَبِيًّا ، وَكَذَا
لَوْ كَانَ الْمَامُورُ عَتْدًا مَحْجُورًا [عَلَيْهِ]» ^(١) كَانَتْ الدِّيَّةُ عَلَى مَوْلَى الْمَامُورِ إِذَا اخْتَارَ
لِفِدَاءٍ ، وَلَا تَجِبُ عَلَى الْآمِرِ ؛ لِأَنَّ أَمْرَ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ عَمَلٌ مُعْتَبَرٌ كَالِإِقْرَارِ وَالْكَفَالَةِ ،
لَا إِنْ الْآمِرُ إِذَا كَانَ صَبِيًّا بَطَلَ أَمْرُهُ أَصْلًا ، لَا يُؤَاخَذُ لِلْحَالِ [وَلَا بَعْدَ الْبُلُوغِ] ، وَإِنْ
كَانَ الْآمِرُ عَتْدًا ، لَا يُؤَاخَذُ لِلْحَالِ ^(٢) وَيُؤَاخَذُ بَعْدَ لِعَتَقِ ، فَيَرْجِعُ مَوْلَى الْقَاتِلِ عَلَى
الْآمِرِ بِالْأَقْلَ مِنْ الصَّدَاءِ ، وَمِنْ قِيَمَةِ الْقَاتِلِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ الْعَتْدِ مُعَسَّرٌ فِي حَقِّهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا
يُؤَاخَذُ قَبْلَ الْعِتَقِ لِحَقِّ الْمَوْلَى ، فَلِذَا عَتَقَ زَالَ حَقُّ الْمَوْلَى ، فَيُؤَاخَذُ بِهِ . كَذَا فِي

(١) مَا بِهِ الْمَعْقُوفَتَيْنِ زِيَادَةٌ مِنْ : «لَنْ» ، «وَلَا» ، «وَلَا» ، «وَلَا» ، «وَلَا» .

وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَمِيرِ وَكَذَا إِذَا كَانَ الْأَمْرُ صَبِيًّا لِأَنَّهُمَا لَا يُؤَاخِذَانِ بِأَقْوَالِهِمَا؛ لِأَنَّ الْمُؤَاخَذَةَ فِيهَا بِإِعْتِبَارِ الشَّرْعِ وَمَا أُعْتَبِرَ قَوْلُهُمَا، وَلَا رُجُوعَ لِعَاقِلَةِ الصَّبِيِّ عَلَى الصَّبِيِّ الْأَمِيرِ أَبَدًا، وَيَرْجِعُونَ عَلَى الْعَبْدِ الْأَمِيرِ بَعْدَ الْعِتَاقِ

غاية البيان

«شرح الجامع الصغير» لقاضي خان

قوله [٥١/٣]: (وَكَذَا إِذَا كَانَ الْأَمْرُ صَبِيًّا).

قَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «عَنْ يَعْقُوتَ عَنْ أَبِي حَنِيْفَةَ رحمه الله: فِي الصَّبِيِّ الْحُرِّ يَأْمُرُ الصَّبِيَّ الْحُرَّ لِيُقْتَلَ رَجُلًا، فَقَتَلَهُ، قَالَ: عَلَى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ الْقَاتِلِ دِيَّةٌ، وَلَيْسَ عَلَى الْأَمِيرِ، وَلَا عَلَى عَاقِلَتِهِ شَيْءٌ»^(١).

أَمَّا الصَّبِيُّ الْقَاتِلُ: فَإِنَّ عَمْدَهُ خَطَأً، فَوَجَبَتِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَأَمْرُ الصَّبِيِّ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ، أَلَا تَرَى أَنْ إِقْرَارَهُ وَكَمَالَتَهُ بَاطِلَةٌ أَصْلًا، فَلَمْ يَلْزَمْهُ، وَلَا عَلَى عَاقِلَتِهِ شَيْءٌ.

قَوْلُهُ: (لِأَنَّهُمَا لَا يُؤَاخِذَانِ بِأَقْوَالِهِمَا)، أَي: لِأَنَّ الْعَبْدَ الْمَحْجُورَ وَالصَّبِيَّ لَا يُؤَاخِذَانِ بِأَقْوَالِهِمَا؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْقَوْلِ بِالشَّرْعِ، وَلَمْ يُعْتَبَرِ الشَّرْعُ قَوْلَهُمَا.

قَوْلُهُ: (وَيَرْجِعُونَ عَلَى الْعَبْدِ الْأَمِيرِ بَعْدَ الْعِتَاقِ)، أَي: يَرْجِعُ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ عَلَى الْعَبْدِ الْأَمِيرِ بَعْدَ الْعِتَاقِ. هَكَذَا ذَكَرَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ، وَفَخَّرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمه الله فِي «شَرْحَيْهِمَا»، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ الرُّوَايَةِ فِي «الزِّيَادَاتِ»، وَسَنَذَكُرُ رَوَايَةَ «الزِّيَادَاتِ» مَعَ جَمِيعِ فُرُوعِهَا، إِلَّا إِذَا أُريدَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الَّذِي رَوَاهُ الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي «التَّقْرِيبِ» قَالَ: «رَوَى الْحَسَنُ عَنْ زُفَرٍ فِي عَبْدٍ أَمَرَ صَبِيًّا بِقَتْلِ رَجُلٍ فَقَتَلَهُ: فَعَلَى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ الدِّيَّةُ، ثُمَّ يَرْجِعُ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ، فَيُقَالُ لَهُ: ادْفَعْ الْعَبْدَ إِلَى الْعَاقِلَةِ، أَوْ افْدِهِ بِالدِّيَّةِ».

(١) يَظُنُّ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ السَّامِعِ الْكَبِيرِ [ص/٥٠٨].

لأن عدم الاعتبار لحق المولى، وقد زال، لا لنقصان أهليه العبد، بحلاف
الصبي لأنه قاصر الأهلية.

قال، وكذلك إن أمر عبداً معناه أن يكون الأمر عبداً والمأمور عبداً

﴿ نهاية البيان ﴾

وقال أبو يوسف رحمه الله : على عاقلة الصبي الدية، ثم يرجعون على العبد إذا
أعتق بالأقل من الدية، أو قيمة العبد.

وجه قول زفر رحمه الله : أنهم يطالبون المولى في الحال؛ لأنه لما حمل الصبي
على [٢٠١/٨] العمل؛ صار آلة له، مثل أن يكره رجلاً على قتل آخر، فيضمن
العبد في الحال، وكما لو أخذ بيده فصر به، وإنما قال أبو يوسف بالرجوع على
العبد إذا أعتق؛ لأنه يصير مخصوماً، فبقي الضمان متعلقاً بقول العبد، فيتأخر إلى
حال الحرية، كما لو أقر بدين. كذا في «التقريب».

قوله: (لأن عدم الاعتبار لحق المولى، وقد زال، لا لنقصان الأهلية)، أى
لأن عدم اعتبار قول العبد المحذور لرعاية حق المولى، لا لنقصان الأهلية في
العبد، وقد زال حق المولى بعد العتق، فيؤخذ لزوال المانع، وفي الصبي لم يغير
قوله لقصور أهليته.

قوله: (وكذلك إن أمر عبداً)، يعنى: إذا كان الأمر والمأمور عبدين محجوراً
عليهما.

قال في أصل «الجامع الصغير»: «عبد محجور أمر عبداً محجوراً بقتل رجل،
فقتله، قال: على القاتل الدية، وليس على الأمر، ولا على عاقلته شيء»^(١).

أراد بقوله: «على القاتل الدية»، إذا اختار مولاه الفداء، فعدى عنه بالدية؛
لأن عاقلة العبد مولاه، فيقال لمولاه: ادفعه أو افديه. كذا قال الفقيه أبو الليث رحمه الله.

(١) بطر «الجامع الصغير» مع شرحه السبع الكبير [ص/٥٠٨].

مَحْجُورًا عَلَيْهِمَا يُخَاطَبُ مَوْلَى الْقَاتِلِ بِالْدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ

﴿ غايه البيان ﴾

ثُمَّ قَالَ: «وَمَعْنَى قَوْلِهِ: «وَلَيْسَ عَلَى الْآمِرِ شَيْءٌ»، يَغْنِي: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ، وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ بَعْدَ الْعِتْقِ». قَالَ: «وَهَكَذَا ذَكَرَ فِي «الزِّيَادَاتِ»: أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا أَمَرَ عَبْدًا آخَرَ حَتَّى قَتَلَ رَجُلًا، يُقَدُّ لِمَوْلَى الْقَاتِلِ: ادْفَعْهُ، أَوْ افْدِهِ بِالدِّيَّةِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِلَى الْآمِرِ، إِنْ كَانَ مَأْذُونًا، يَجِبُ عَلَيْهِ قِيمَةُ الْمَأْمُورِ، وَإِنْ كَانَ [٤٤٥١٣] مَحْجُورًا يَجِبُ عَلَيْهِ [بَعْدَ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَمَرَهُ بِالْقَتْلِ حَتَّى قَتَلَهُ، صَارَ غَاصِبًا لَهُ، وَالْعَبْدُ الْمَأْذُونُ يَجِبُ عَلَيْهِ] ^(١) ضَمَانُ الْعَصَبِ إِذَا أَقْرَبَهُ.

وَأَمَّا الْمَحْجُورُ: لَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّهُ مَرْجِعُ هَذَا الْغَضَبِ يَرْجِعُ إِلَى الْقَوْلِ، فَصَارَ كَالْإِقْرَارِ مِنْهُ بِالْغَضَبِ، فَجَبَّتْ أَنْ الَّذِي قَالَ هَذَا لَيْسَ عَلَى الْآمِرِ شَيْءٌ - أَيْ: لَيْسَ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ - وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُ عَنِ الْعَبْدِ. إِلَى هُنَا لَفْظُ الْعَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ فِي «شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

ثُمَّ تَبَيَّنَ مَا وَعَدْنَا مِنْ رِوَايَةِ «الزِّيَادَاتِ»، فَقَوْلُ: الْأَصْلُ هُنَا: أَنَّ الْعَبْدَ الْمَحْجُورَ أَوْ الصَّبِيَّ الْمَحْجُورَ يُؤَاخِذَانِ بِأَفْعَالِهِمَا لَا بِأَقْوَالِهِمَا، وَضَمَانُ فِعْلِ الْعَبْدِ ضَمَانُ غَضَبٍ؛ لِكُونِهِ مَحَلًّا لَهُ، وَضَمَانُ فِعْلِ الصَّبِيِّ الْحُرِّ ضَمَانُ جَنَايَةٍ، لَا ضَمَانُ غَضَبٍ؛ لِإِدْمَاقِهِ مَحَلًّا لِلْغَضَبِ.

قَالُوا [٢٠٢٨ م] فِي «شُرُوحِ الزِّيَادَاتِ»: حُرٌّ أَمَرَ صَبِيًّا حُرًّا بِأَنْ يَقْتُلَ رَجُلًا فَقَتَلَهُ، فَدَيْتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ مُؤَاخِذٌ بِأَفْعَالِهِ، وَأَفْعَالُهُ صَحِيحَةٌ، لَكِنْ عَمْدُهُ وَخَطْؤُهُ سَوَاءٌ، وَهُوَ خَطَأٌ كُلُّهُ، فَوَجِبَتِ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَتَرْجِعُ عَاقِلَةُ الصَّبِيِّ عَلَى عَاقِلَةِ الْآمِرِ بِمَا لَزِمَهُمْ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ الْحُرَّ يُصَمَّنُ بِالتَّعَدِّيِّ بِطَرِيقِ الْجَنَايَةِ.

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«غ»، وَ«ف»، وَ«م»، وَ«ر»

باب الدية

أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ عَصَبَ صَبِيًّا صَغِيرًا، فَحَمَلَهُ عَلَى الْمَهَالِكِ حَتَّى مَاتَ بِصَاعِقَةٍ، أَوْ بِعَفْرِ سَبْعٍ، وَجَبَتْ دِيَّتُهُ عَلَى عَاقِلَةِ الْغَاصِبِ^(١) بِطَرِيقِ الْجِنَايَةِ، كَأَنَّهُ قَتَلَهُ خَطَأً، فَكَذَلِكَ هُنَا يَصِيرُ هَذَا حَنَائَةً عَلَى الصَّبِيِّ بِطَرِيقِ التَّشْيِيبِ، وَلَوْ اتَّصَلَ بِذَلِكَ تَلَفٌ لِرَمَةِ الدِّيَّةِ، فَكَذَلِكَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ ضَمَانُ الدِّيَّةِ.

وَلَوْ أَمَرَ الرَّجُلُ عَبْدًا صَغِيرًا، أَوْ كَبِيرًا مَأْذُونًا، أَوْ مَحْجُورًا بِأَنْ يَقْتُلَ رَجُلًا فَقَتَلَهُ، قِيلَ لِمَوْلَاهُ: ادْفَعْهُ أَوْ أَقِدْهُ، إِنْ كَانَ خَطَأً مِنَ الْكَبِيرِ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ رَجَعَ عَلَى الْحُرِّ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ، وَمِنْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ.

أَمَّا وَجُوبُ ضَمَانِ الْجِنَايَةِ عَلَى الْقَوْلَى: فَلَأَنَّ الْأَمَرَ بِالْجِنَايَةِ لَا يَنْقُلُ فِعْلُ الْمَأْمُورِ إِلَى الْأَمْرِ. وَأَمَّا الرُّجُوعُ: فَوَاجِبٌ بِحُكْمِ الْغَضَبِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَضْمَنُ بِالْغَضَبِ، فَيَضْمَنُ أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ، كَمَا إِذَا غَضِبَهُ فَجَنَى عِنْدَهُ، وَذَلِكَ أَنَّهُ اسْتَعْمَلَهُ فَصَارَ غَاصِبًا، وَلَوْ كَانَ هَذَا الْحُرُّ أَمَرَ مُكَاتَّبًا بَطَلَ أَمْرُهُ، وَلَمْ يَلْزَمْ الْأَمْرَ شَيْءٌ، صَغِيرًا كَانَ الْمُكَاتَّبُ أَوْ كَبِيرًا، لِأَنَّ الْجِنَايَةَ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ بِوَاسِطَةِ الْإِسْتِعْمَالِ وَإِثْبَاتِ الْبِدِّ، وَالْمُكَاتَّبُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ غَضَبَهُ لَا يَتَحَقَّقُ، وَجُعِلَ حَالُ الْمُكَاتَّبِ الصَّغِيرِ فَوْقَ الْحُرِّ الصَّغِيرِ؛ لِأَنَّ يَدَ الْمُكَاتَّبِ إِنَّمَا تَبَتَّ حُكْمًا لِكِتَابَتِهِ، وَكِتَابَةُ الصَّغِيرِ مِثْلُ كِتَابَةِ الْبَالِغِ، وَأَمَّا الْحُرُّ الصَّغِيرُ: فَلَا يَدَّ لَهُ عَلَى نَفْسِهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ غَضَبَ مُكَاتَّبًا فَتَقَلَّهَ إِلَى الْمَهَالِكِ حَتَّى عَطِبَ؛ لَمْ يَضْمَنْ شَيْئًا، وَلَوْ غَضَبَ حُرًّا صَغِيرًا ضَمِنَ دِيَّتَهُ، وَيَعْقِلُهُ عَاقِلَةُ الْغَاصِبِ، فَكَذَلِكَ هَذَا، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْأَمْرُ حُرًّا.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْأَمْرُ عَبْدًا: فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ كَبِيرًا مَأْذُونًا، أَوْ صَغِيرًا مَأْذُونًا، فَإِنْ

(١) وقع في الأصل: «الصبي» والمثبت من «ن»، و«ن»، و«ن»، و«ع»، و«م»، و«ر».

.....
 غايه لبيان

أَمَرَ عَبْدًا مِثْلَهُ صَغِيرًا ، أَوْ كَبِيرًا مَادُونًا ، أَوْ مَحْجُورًا بِالْقَتْلِ ، فَقَتَلَ ؛ دَفَعَهُ مَوْلَاهُ ، أَوْ قَدَّاهُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ بِالْأَقْلَ مِنْ ذَلِكَ فِي رَقَبَةِ الْأَمِيرِ ؛ لِأَنَّ هَذَا ضَمَانُ غَضَبٍ ، وَهُوَ بِمَعْنَى التَّجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْمَضْمُونُ بِأَدَاءِ الضَّمَانِ ، وَالْعَبْدُ الْمَادُونُ أَهْلٌ لِقَوْلٍ [٢/٤٥٢] يَحْرُ إِلَيْهِ ضَمَانُ التَّجَارَةِ ، كَالْإِقْرَارِ بِالْغَضَبِ .

وإن كَانَ الْمَأْمُورُ [٢/٤٥٢] صَبِيًّا حُرًّا ، وَجَبَ دِيَّةُ الْقَتْلِ عَلَى عَاقِبَتِهِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ أَنْ يُلْحَقَهُ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ بِحَالٍ ، وَلَا يُلْزَمُ مَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحْجُورٌ عَنِ الْقَوْلِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ ضَمَانُ مَا لَيْسَ بِتِجَارَةٍ كَالْكَفَالَةِ ، وَلَا يُلْحَقَهُ وَإِنْ عَتَقَ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ ذَلِكَ عَلَى مَوْلَاهُ لَوْ صَحَّ ، فَإِذَا تَطَلَّ لَمْ يُلْزَمِ الْعَتْدَ شَيْءٌ أَبَدًا ، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ بِالْجِنَايَةِ .

وبهذه الرُّوَايَةُ عَلِمَ : أَنَّ مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» رحمته الله بِقَوْلِهِ : (وَيَرْجِعُونَ عَلَى الْعَبْدِ الْأَمِيرِ بَعْدَ الْعِتَاقِ) . فِيهِ نَظَرٌ .

وَلَوْ كَانَ الْأَمِيرُ عَبْدًا كَبِيرًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ ، وَالْعَبْدُ الْمَأْمُورُ مِثْلُهُ ، أَوْ صَغِيرٌ مَحْجُورٌ ، أَوْ مَادُونٌ ؛ فَإِنَّهُ يُدْفَعُ أَوْ يُقَدَّى ، وَلَا يَرْجِعُ مَوْلَاهُ عَلَى الْأَمِيرِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ الْمَحْجُورَ لَا يُؤَاخِذُ بِضَمَانِ مَا يَجُرُّهُ الْقَوْلُ ، كَالْإِقْرَارِ بِالذِّنِّ وَالْكَفَالَةِ بِهِ ، وَإِذَا عَتَقَ لَحِقَهُ ذَلِكَ ، كَمَا قُلْنَا فِي الْإِقْرَارِ بِالذِّنِّ ، بِخِلَافِ الْجِنَايَةِ .

وَلَوْ كَانَ الْمَأْمُورُ صَبِيًّا حُرًّا . لَمْ يَجِبْ عَلَى الْأَمِيرِ شَيْءٌ بِحَالٍ ، وَلَوْ كَانَ الْأَمِيرُ صَبِيًّا حُرًّا مَادُونًا ، أَوْ عَبْدًا صَغِيرًا مَادُونًا ، فَإِنْ كَانَ الْمَأْمُورُ عَبْدًا ؛ وَجِبَتْ قِيمَتُهُ عَلَى الْأَمِيرِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَرْضِيُّ أَقْلًا ؛ لِأَنَّهُ أَهْلٌ لَضَمَانِ التَّجَارَةِ بِقَوْلِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْمَأْمُورُ صَبِيًّا حُرًّا ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَمِيرِ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ أَمْرَهُ فِي حُكْمِ الْجِنَايَةِ لَفَوْ .

وَلَوْ كَانَ الْأَمِيرُ صَبِيًّا حُرًّا مَحْجُورًا ، أَوْ عَبْدًا صَغِيرًا مَحْجُورًا : فَإِنَّهُ لَا يُلْحَقُ

غاية البيان

الأمير شيء من ضمان الغضب والجناية جميعاً، لما ذكرنا من فساد أمره، ولو كان المأمور مكاتباً في جميع هذه المسائل؛ لم يضمن الأمير شيئاً لما قلنا، ولو كان الأمير مكاتباً صغيراً أو كبيراً، والمأمور عبداً مخجوراً، أو ماذوناً صغيراً أو كبيراً؛ رجع مولى المأمور على المكاتب بقيمته، إلا أن يكون لأرض أقل - أعني قيمة المأمور -؛ لأن المكاتب أهل لضمان الغضب، إلا أن يكون قيمة المأمور عشرة آلاف، أو أكثر، فيغرم المكاتب عشرة آلاف إلا عشرة.

وهذا الواجب ضمان غضب حتى وجب قيمة المأمور، ولم يجت قيمة المكاتب، ولو كان ذلك ضمان جناية؛ لوجبت قيمة المكاتب، وفيه شك، وهو أن ضمان الغضب غير مقدّر، فيجب دفع ما بلغ، وضمان الجناية مقدّر، فكيف قدّر هنا بعشرة آلاف إلا عشرة؟

والجواب: نعم هذا ضمان الغضب، ولكن حصل بسبب الجناية، فباعتبر الغضب وجب قيمة المأمور، وباعتبر السبب وجب التقدير، ولو كان المأمور حراً صغيراً؛ رجعت عاقبته على المكاتب بالأقل من قيمته ومن الدية؛ لأن حكم [٢/٢٠٣/٨] جناية المكاتب هذا لأنه من أهل الالتزام، وذلك لأن المكاتب صار كالجاني على الحر، أو كالمقر بالجناية، وذلك صحيح ينزّمه قيمته، فكذلك هنا

وتجت حالاً؛ لأن القيمة خلف عن الرقبة، ولا أجل في تسليم لرقبة. فكذلك فيما يخلّفها، فإن عجز المكاتب، فإن لم يقض عليه بأرض الجناية بطل ذلك، كما إذا أقر بالجناية ثم عجز؛ لأن جنايته إنما يصير ديناً عليه بالقضاء ولم يؤخذ، فأما إذا عجز بعد القضاء عليه، فإن ذلك يتطلّب عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد رضي الله عنهم [٥٢/٣]؛ يصير ديناً عليه، وأصل المسألة في الإقرار بالجانيات. كذا في «الزيادات» وشروحها.

وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْأَوَّلِ فِي الْحَالِ ، وَيَجِبُ أَنْ يَرْجَعَ بَعْدَ الْعِتْقِ بِأَقْلٍ مِنَ الْمَدَاءِ وَفِيْمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضْطَرٍّ فِي دَفْعِ الرِّيَادَةِ ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْقَتْلُ خَطَأً ، وَكَذَا إِذَا كَانَ عَمْدًا وَالْعَبْدُ الْقَاتِلُ صَغِيرًا لِأَنَّ عَمْدَهُ خَطَأً ، أَمَّا إِذَا كَانَ كَبِيرًا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِجَرَبَانِهِ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ .

قَالَ : وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلَيْنِ عَمْدًا وَلِكُلِّ [٢٦٩ ط] ، وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَيَّانٍ ، فَعَفَى أَحَدُ وَلَيِّي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُ نِصْفَهُ إِلَى الْآخَرَيْنِ ، أَوْ يَفْدِيهِ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا عَفَا أَحَدُ وَلَيِّي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَقَطَ الْقِصَاصُ وَانْقَلَبَ مَالًا قَصَرَ كَمَا نُوِّجِبَ الْمَالُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ ، وَهَذَا لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الرَّقَبَةِ أَوْ فِي عِشْرِينَ أَلْفًا وَقَدْ سَقَطَ بِصِيبِ الْعَافِيَيْنِ وَهُوَ النِّصْفُ وَيَبْقَى النِّصْفُ .

غاية البيان

قَوْلُهُ : (وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْأَوَّلِ) ، أَي : لِمَوْلَى الْقَاتِلِ عَلَى الْعَبْدِ الْأَمِيرِ .
قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ رَجُلَيْنِ عَمْدًا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَلَيَّانٍ ، فَعَفَى أَحَدُ وَلَيِّي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُ نِصْفَهُ إِلَى الْآخَرَيْنِ ، أَوْ يَفْدِيهِ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ) ، أَي : قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ^(١) .

وَدَلَّكَ لِأَنَّ الرَّقَبَةَ بِحُكْمِ نَقْوٍ صَارَتْ بَيْنَ أَوْلِيَاءِ لِقَتِيلَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم رُبْعُهُ ، فَإِذَا عَفَى اثنانِ بَطَلَ حَقُّهُمَا ، وَبَقِيَ حَقُّ الْآخَرَيْنِ فِي النِّصْفِ ، فَلِذَلِكَ قِيلَ لَهُ : ادْفَعْ نِصْفَهُ .

وَأَمَّا الْفِدَاءُ : فَإِنَّمَا يَكُونُ بِتَدْلِ الْقَتِيلَيْنِ ، وَالْمَدَاءُ بِعِشْرِينَ أَلْفًا إِذَا سَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَقَدْ سَقَطَ بِالْعَمْرِ وَانْقَلَبَ مَالًا ، فَصَارَ كَأَنَّهُ وَحَتَ الْمَالُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ ، وَحَصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فِي حِمْسَةِ آلَافٍ ، فَلَمَّا عَفَى اثنانِ مِنْهُمْ بَطَلَ حَقُّهُمَا ، فَبَقِيَ [حَقُّ] ^(٢) كُلِّ وَاحِدٍ

(١) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه الدامع الكبير [ص ٥٠٩] .

(٢) ما بين المعقوفتين : زيادة من : «ال» ، و«الها» ، و«ع» ، و«ار» .

فَإِنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدَهُمَا عَمْدًا، وَالْآخَرَ خَطَاً، فَعَقِيَ أَحَدُ وَلِيِّي الْعَمْدِ، فَإِنْ فَدَاهُ الْمَوْلَى؛ فَدَاهُ بِخَمْسَةِ عَشَرَ أَلْفًا، خَمْسَةُ آلَافٍ لِلَّذِي لَمْ يَغْفُ مِنْ وَلِيِّي الْعَمْدِ، وَعَشْرَةُ آلَافٍ لَوَلِيِّي الْخَطَا، لِأَنَّهُ لَمَّا انْقَلَبَ الْعَمْدُ مَالًا كَانَ حَقُّ وَلِيِّي الْخَطَا فِي كُلِّ الدِّيَةِ عَشْرَةُ آلَافٍ، وَحَقُّ أَحَدِ وَلِيِّي الْعَمْدِ فِي يَصْفِهَا خَمْسَةُ آلَافٍ، وَلَا تَضَائِقُ فِي الْفِدَاءِ فَيَجِبُ خَمْسَةُ عَشَرَ أَلْفًا (وَأِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ أَثَلَاثًا: ثَلَاثَةُ لَوَلِيِّي الْخَطَا، وَثَلَاثَةُ لَغَيْرِ الْعَافِي مِنْ وَلِيِّي الْعَمْدِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَقَالَا: يَدْفَعُهُ

خاتمة الباب

مَنْ الْبَاقِينَ فِي خَمْسَةِ آلَافٍ، فَلَدَلِكْ فَدَاهُ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دَرَاهِمٍ إِنْ شَاءَ.

قَوْلُهُ: (فَإِنْ كَانَ قَتَلَ أَحَدَهُمَا عَمْدًا، وَالْآخَرَ خَطَاً، فَعَقِيَ أَحَدُ وَلِيِّي الْعَمْدِ، فَإِنْ فَدَاهُ^(١) الْمَوْلَى؛ فَدَاهُ بِخَمْسَةِ عَشَرَ أَلْفًا، خَمْسَةُ آلَافٍ لِلَّذِي لَمْ يَغْفُ مِنْ وَلِيِّي الْعَمْدِ، وَعَشْرَةُ آلَافٍ لَوَلِيِّي الْخَطَا)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٢).

وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يَصِفُ الْحَقُّ مِنْ حَقِّ وَلِيِّي الْعَمْدِ بِطَلٍّ بِالْعَفْوِ، فَبَقِيَ النِّصْفُ، وَصَارَ مَالًا، وَلَمْ يَبْطُلْ شَيْءٌ مِنْ دِيَةِ الْقَتِيلِ الْآخَرِ، وَلَا مُزَاحِمَةٌ فِي الْفِدَاءِ، فَلِهَذَا فَدَاهُ بِخَمْسَةِ عَشَرَ أَلْفًا، إِنْ شَاءَ عَشْرَةُ آلَافٍ لَوَلِيِّي الْخَطَا، وَخَمْسَةُ آلَافٍ لَغَيْرِ الْعَافِي مِنْ وَلِيِّي الْعَمْدِ، وَهَذَا فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

قَالَ: وَإِنْ دَفَعَهُ دَفَعَهُ أَثَلَاثًا، الثَّلَاثُ لِلَّذِي لَمْ يَغْفُ، وَالثَّلَاثَانِ لَوَلِيِّي الْخَطَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أَرْبَاعًا، الرَّبْعُ لَوَلِيِّي الْعَمْدِ، وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ لَوَلِيِّي الْخَطَا.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «وَفِي قَوْلِ زُفَرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِمُصَاحِبِ الْخَطَا النِّصْفُ، وَلِصَاحِبِ الْعَمْدِ الَّذِي لَمْ يَغْفُ الرَّبْعُ، وَبَقِيَ الرَّبْعُ لِلْمَوْلَى».

(١) فِي «الْأَصْلِ»: «فَدَى». وَالْمَعْنَى مِنْ «ن» وَ«يَا»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٢) بِطَرِيقِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَعَ شَرْحِهِ السَّامِعِ الْكَبِيرِ [ص/ ٥٠٩].

أَرْبَاعًا: ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ لَوْلِيَّيِ الْخَطَا، وَرُبْعُهُ لَوْلِيَّ الْعَمْدِ) فَالْقِسْمَةُ عِنْدَهُمَا بِطَرِيقِ
الْمُنَازَعَةِ، فَيَسْلُمُ النُّصْفُ لَوْلِيَّيِ الْخَطَا بِلَا مُنَازَعَةٍ، وَاسْتَوَتْ مُنَازَعَةُ الْعَرِيقَيْنِ

﴿ هَاهُ الْبَيَانُ ﴾

[٢/٥٢٠٣/٨] وَجْهٌ قَوْلُهُمَا: أَنَّ حَقَّ وَلِيَّيِ الْعَمْدِ فِي جَمِيعِ الرُّقَبَةِ، إِذَا عَفَى
أَحَدُهُمَا، فَقَدْ أَبْطَلَ حَقَّهُ فِي النُّصْفِ، فَفَرَّغَ عَنْ هَذَا النُّصْفِ، وَتَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ وَلِيَّ
الْخَطَا بِلَا مُنَازَعَةٍ، وَيَبْقَى النُّصْفُ الْآخَرُ، وَاسْتَوَتْ فِيهِ مُنَازَعَةُ وَلِيَّيِ الْخَطَا، وَمُنَازَعَةُ
شَرِيكِ الْعَافِي، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِيهِ، فَصَارَ هَذَا النُّصْفُ بَيْنَهُمَا يُضْفَنُ، فَهَذَا
كَانَتْ الْقِسْمَةُ بَيْنَهُمَا بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ أَرْبَاعًا.

وَلَا بِي حَنِيفَةٍ عليه السلام: أَنَّ حَقَّ وَلِيَّيِ الْخَطَا فِي عَشْرَةِ آلَافٍ، وَحَقَّ شَرِيكِ الْعَافِي
فِي خَمْسَةِ آلَافٍ، فَيَضْرِبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحَقِّهِ، كَمَا لَوْ كَانَتْ التَّرَكَةُ أَلْفًا،
وَلَرَجُلَيْنِ عَلَى الْمِيتِ ثَلَاثَةُ آلَافٍ، لِأَحَدِهِمَا أَلْفٌ، وَبِالْآخَرِ أَلْفَانِ، فَإِنَّ التَّرَكَةَ تُقَسَّمُ
بَيْنَهُمَا بِطَرِيقِ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ أَثْلَاثًا، ثُلُثًا التَّرَكَةَ لِصَاحِبِ [٥٢٠٣/٢] الْأَنْفَيْنِ،
وِثْلُهَا لِصَاحِبِ الْأَلْفِ، وَكَعْتِدِ قَتْلَ رَجُلًا خَطَاً، وَفَقَّأَ عَيْنَ آخَرَ، فَإِنْ اخْتَارَ الْمَوْلَى
دَفْعَهُ [دَفْعَةً] ^(١) أَثْلَاثًا، فَكَذَا هُنَا.

وَجْهٌ قَوْلِ زُفَرٍ عليه السلام: أَنَّ الْعَمْدَ إِذَا صَارَ مَلًّا، صَارَ بِمَعْنَى الْخَطَا، وَلَوْ كَانَ
قَتْلُهُمَا جَمِيعًا خَطَاً، لَعَفَى أَحَدُ وَلِيَّيِ أَحَدِهِمَا خَاصَّةً، سَلِمَ ذَلِكَ الرَّبْعُ لِلْمَوْلَى،
فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَمَعْنَى الْمُنَازَعَةِ: أَنَّ كُلَّ جُزْءٍ فَرَّغَ مِنْ دَعْوَى قَوْمٍ، سَلِمَ لِلْآخَرِ بِلَا مُنَازَعَةٍ.
وَمَعْنَى الْعَوْلِ: أَنَّ يَضْرِبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِسَهْمِهِ، فَتُجْمَعُ السَّهَامُ كُلُّهَا،
وَتُقَسَّمُ الْعَيْنُ عَلَى مَبْلَغِ السَّهَامِ.

وَأَهَمُّ: أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَلَى ضِدِّ مَسْأَلَةِ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ، وَهِيَ أَنَّ رَجُلًا إِذَا

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْفَوَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«هَ»، وَ«لَ»، وَ«رَ»، وَ«مَ».

فِي النُّصْفِ الْآخَرِ فَيَنْصَفُ، فَلِهَذَا يُقَسَّمُ أَرْبَاعًا، وَعِنْدَهُ يُقَسَّمُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ أَثْلَاثًا، لِأَنَّ الْحَقَّ تَعَلَّقَ بِالرَّقْعَةِ أَصْلُهُ التَّرِكَةُ الْمُسْتَعْرِقَةُ بِالذُّيُونِ فَيُضْرَبُ هَذَا بِالْكُلِّ وَذَلِكَ بِالنُّصْفِ.

قَالَ وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَقَتَلَ مَوْلَى لَهُمَا، أَيْ قَرِيبًا لَهُمَا، فَعَنَى أَحَدُهُمَا، بَطَلَ الْجَمِيعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ: يَدْفَعُ الَّذِي عَنَى نِصْفَ نَصِيبِهِ

هَذِهِ لِبَيَانِ

ادَّعَى دَارًا، وَادَّعَى آخَرَ بِضَمِّهَا، وَأَقَامَا الْبَيْتَةَ؛ فَإِنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: تُقَسَّمُ أَرْبَاعًا، وَعَلَى قَوْلِهِمَا: أَثْلَاثًا، مَرَّ بَيَانُ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ فِي كِتَابِ الدَّعَوَى مُسْتَوْفَى فُبَيْلِ فَصْلِ السَّازِعِ بِالْأَيْدِي، فَيُنْظَرُ ثَمَّةَ حَتَّى يُعْرَفَ الْأَصُولُ الَّتِي بُنِيَ عَلَيْهَا الْبَابُ.

وَمَسْأَلَةُ كِتَابِ الْمَأْذُونِ تُوَافِقُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ الْمَذْكُورَةَ هُنَا: وَهِيَ أَنَّ عَبْدًا مَادُونًا بَيْنَ رَجُلَيْنِ، إِذَا نَهَّ أَحَدُ الْمَوْلِيَيْنِ مِئَةَ دِرْهَمٍ، وَادَّاهُ أُجْنَبِيٌّ مِئَةَ دِرْهَمٍ، ثُمَّ بَيَعَ الْعَبْدُ مِئَةَ دِرْهَمٍ؛ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: يُقَسَّمُ الثَّمَنُ أَثْلَاثًا، وَفِي قَوْلِهِمَا: أَرْبَاعًا.

وَمَسْأَلَةُ كِتَابِ الْوَصَايَا تُوَافِقُ كِتَابَ الشَّهَادَاتِ: وَهِيَ أَنَّ رَجُلًا نَزَّ أَوْصَى بِعَبْدٍ، أَوْ بِسَيْفٍ، وَبِنِصْفِهِ لآخَرَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: يُقَسَّمُ أَرْبَاعًا، وَفِي قَوْلِهِمَا: أَثْلَاثًا.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ عليه السلام فِي كِتَابِ «نَكْتِ الْوَصَايَا»: «وَالْأَصْلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام، أَنَّ الْحَقَّوَكَ إِذَا كَانَتْ تَرْجِعُ إِلَى الْعَيْنِ، تُقَسَّمُ عَلَى طَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ، وَكَذَلِكَ [٨، ٢٠٧] إِذَا أَوْصَى بِالْعَبْدِ أَوْ السَّيْفِ؛ فَإِنَّهُ يُقَسَّمُ عَلَى طَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ، وَأَمَّا إِذَا اجْتَمَعَتِ الْوَصَايَا فِي الثَّلَاثِ، فَسَبِيلُهَا سَبِيلُ الْحَقْوَى، وَلَيْسَ سَبِيلُهَا سَبِيلَ الْأَعْيَانِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي مَسْأَلَةِ الْمُذَبَّرِ إِذَا قَتَلَ قَتِيلًا عَمْدًا فَعَنَى أَحَدُ وَلِيِّيهِ، وَقَتَلَ آخَرَ حَطًّا: إِنَّ الْقِيَمَةَ تُقَسَّمُ عَلَى طَرِيقِ الْعَوْلِ، وَكَذَلِكَ قَالَ فِي مَسْأَلَةِ كِتَابِ الْمَأْذُونِ».

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ عَبْدٌ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَقَتَلَ مَوْلَى لَهُمَا، أَيْ قَرِيبًا لَهُمَا، فَعَنَى أَحَدُهُمَا، بَطَلَ الْجَمِيعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام)، وَقَالَ: يَدْفَعُ الَّذِي عَنَى نِصْفَ نَصِيبِهِ

إِلَى الْآخِرِ ، أَوْ يَقْدِرُهُ بِرُبْعِ الدِّيَةِ .

غاية البيان

إِلَى الْآخِرِ ، أَوْ يَقْدِرُهُ بِرُبْعِ الدِّيَةِ) ، أي : قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وصورتها فيه : «مُحَمَّدٌ ، عَنْ يَعْقُوبَ ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله : فِي عَبْدٍ بَيْنَ رَحْلَيْنِ قَتَلَ مَوْلَى لِهَما عَمداً ، فَعَفَى عَنْهُ أَحدهما ، قَالَ : بَطَلَ الدَّمُ كُلُّهُ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله : يُقَالُ لِلَّذِي عَفَى : اذْفَعْ نَصَفَ نَصِيكَ [٥٤٥٣ ٢] إِلَى الَّذِي لَمْ يَعْفَ ، أَوْ أَفْدِهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ»^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : «وَلَيْتَا لَهُمَا» ، وَالْوَلِيُّ : الْقَرِيبُ ، وَالْمَوْلَى أُرِيدَ بِهِ الْقَرِيبُ أَيْضاً ، قَالَ تَعَالَى : ﴿وَلَيْتَ خِفْتُ الْمَوْلَى مِنْ وَرَأَى﴾ [مريم : ٥] ، وَالْمَوْلَى : ابْنُ الْعَمِّ وَالْعَصَّةُ ، وَالْجَمْعُ الْمَوَالِي . كَذَا فِي «التَّيْسِيرِ»^(٢) ، وَتَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ : الْمُتَعَتَّقُ الَّذِي أَعْتَقَاهُ ، فَصَارَ عَصَبَةً لَهُ بِالْوَلَاءِ .

قَالَ فَحَرُّ الْإِسْلَامِ رحمهما الله : «وَقَدْ ذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمهما الله ، وَهُوَ لِأَشْهَرُ ، وَذَكَرَ قَوْلَهُ فِي بَعْضِ النُّسخِ : مِثْلُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله .»

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمهما الله فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ» : «وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله .» وَقَالَ فَحَرُّ الْإِسْلَامِ أَيْضاً : «وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الدِّيَاتِ : أَنَّ عَبْدًا لَوْ قَتَلَ مَوْلَاهُ عَمداً ، وَلَهُ وَلِيَّانِ ، فَعَفَى أَحدهما ، أَنَّ الدَّمَّ قَدْ بَطَلَ كُلُّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله ، وَلَمْ تَحْتَلِفِ الرُّوَايَاتُ فِيهِ .»

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمهما الله فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ : مِثْلُ قَوْلِهِ فِي مَسْأَلَةِ هَذَا الْكِتَابِ ، وَمَسْأَلَةُ هَذَا الْكِتَابِ مِنَ الْخَوَاصِّ . كَذَا قَالَ فَحَرُّ الْإِسْلَامِ رحمهما الله .

(١) ينظر . «الجامع الصغير مع شرحه الدافع الكبير» [ص/٥١٠] .

(٢) هو : «التيسير في التصير» لتجمل الدين أبي حفص عمر بن محمد انشيمى وقد تقدم لتعريف بذلك

غاية البيان

ولما عَرَضَ مُحَمَّدٌ ﷺ كِتَابَ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» عَلَى أَبِي يُوسُفَ ﷺ، حَطَّاهُ أَبُو يُوسُفَ فِي سِتِّ مَسَائِلَ فِي رَوَايَتِهِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ، وَهِيَ مَذْكُورَةٌ فِي أَوَّلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» لِفَخْرِ الْإِسْلَامِ ﷺ، مِنْهَا هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ، وَقَالَ مَا رَوَيْتُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ الْخِلَافَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، بَلْ قَوْلُهُ فِيهَا كَقَوْلِنَا يُقَالُ لَهُ: ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيْبِكَ، أَوْ أَفْدِهِ بِرُبْعِ ادِّيَّةِ، وَإِنَّمَا الْاِخْتِلَافُ الَّذِي رَوَيْتُهُ فِي عَبْدٍ قَتَلَ مَوْلَاهُ عَمْدًا، وَلَهُ وَرِثَتَانِ، فَعَقَى أَحَدَهُمَا، لَا أَنَّ مُحَمَّدًا ﷺ لَمْ يَرْجِعْ عَنْ رَوَايَتِهِ، وَذَكَرَ اِخْتِلَافَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ حَمِيْعًا.

ثُمَّ وَجَّهَ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ فِي [٢٠٤/١٨] الْمَسْأَلَتَيْنِ وَاحِدًا: وَهُوَ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ الْقَوْدَ وَجَبَ لِلْوَلِيِّيْنَ فِي كُلِّ الدَّمِ عَلَى سَبِيلِ الشَّرَكَةِ، وَالشِّيَاعُ فِي النَّصِيْبَيْنِ جَمِيعًا مِنْ قِيلَ أَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ وَجُوبُ الْقَوْدِ بِسَمَوَلَى عَلَى عَبْدِهِ الَّذِي هُوَ مِلْكُهُ الْحَالِصُ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ فِي حَقِّ الدَّمِ كَالْحُرِّ؛ لِأَنَّهُ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِي حَقِّهِ.

فَصَارَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْقَوْدِ عَلَى الشِّيَاعِ، بِصَفِّهِ فِي مِلْكِهِ، وَنِصْفُ فِي مِلْكِ صَاحِبِهِ، إِذَا عَقَى أَحَدُهُمَا بَطْلَ حَقِّهِ، وَبَقِيَ لِنِصْفِ الَّذِي هُوَ حُرٌّ شَرِيْكُهُ، وَلَكِنْ نِصْفُ هَذَا النِّصْفِ مُتَعَلِّقٌ بِمِلْكِ نَفْسِهِ، فَإِذَا انْقَلَبَ مَالًا بَطَلَ ذِكْرُ، لِأَنَّ الْعَمَلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ مَالًا، وَبَقِيَ النِّصْفُ الْآخَرُ مُتَعَلِّقًا بِمِلْكِ صَاحِبِهِ، فَلَمْ يَبْطُلْ، وَبِذَلِكَ بَقِيَ الرُّبْعُ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ نَصِيْبَ الْعَمِيِّ قَدْ سَقَطَ، وَنَصِيْبُ الْآخَرِ هُوَ نِصْفُ الْقِصَاصِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ كُلُّهُ [١٥٤/٢] فِي مِلْكِ شَرِيْكِهِ، فَيَنْقَلِبُ مَالًا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ، فَيَبْطُلُ أَصْلًا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ بِصَفِّهِ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ، وَنِصْفُهُ فِي مِلْكِ الْعَافِي، فَيَنْقَلِبُ لَدَى وَقْعِ فِي مِلْكِ الْعَافِي مَالًا، وَهُوَ الرُّبْعُ، فَلَمَّا كَانَ مُحْتَمَلًا؛ لَمْ يَنْقَلِبْ مَالًا إِذَا الْمَالُ لَا يَجِبُ بِالشَّكِّ وَالِاحْتِمَالِ.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله.

شعبة لم يرد

قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله: «إِنْ كَانَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ، مَلَأَ حَاجَةً إِلَى الْفَرْقِ، وَإِنْ كَانَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ احْتِاحَ مُحَمَّدٍ رحمته الله إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ مَسْأَلَتِنَا، وَمَسْأَلَةِ كِتَابِ الدِّيَّانَةِ.

وَالْفَرْقُ: أَنَّ ثَمَّةَ الْقَوْدَ وَجَبَ لِلْقَتْلِ، وَهُوَ وَاحِدٌ مَالِكٌ لِرَقَبَةِ الْعَبْدِ، وَقَامَ الْوَلِيَّانِ مَقَامَهُ، فَإِذَا صَارَ مَالًا؛ صَارَ مِيرَاثًا لَا مُحَالَةً، فَاعْتَبِرَ مَالًا [لِلْقَتْلِ، وَهُوَ وَاحِدٌ] ^(١) مَالِكٌ لِرَقَبَةِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ مِ صَارَ مَالًا إِلَّا عَلَى مَمْلُوكِهِ، فَلَمْ يَثْبُتِ الشِّيْعُ وَالتَّنْصِيفُ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ هُوَ مِلْكُ الْمَيِّتِ، فَبَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ، كَعَبْدٍ قَتَلَ مَوْلَاهُ خَطَأً، فَأَمَّا هَاهُنَا؛ فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَمْ يَثْبُتْ إِلَّا لِاثْنَيْنِ فِي حَقِّ الْمَمْلُوكِ، وَالْمَقْتُولُ غَيْرُ مَالِكٍ لِرَقَبَتِهِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَثْبُتُ عَلَى الْمُنَاصَفَةِ وَالشِّيْعِ فِي حَقِّ الْمَلِكِ، فَانْقَلَبَ مَالًا كَذَلِكَ».

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «وَلَا يَلْزَمُ عَلَى هَذَا - أَيِ: عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فِي مَسْأَلَةِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» - أَنَّ الدَّمَ يَنْطَلُ كَنَّهُ إِذَا قَتَلَتْ أُمُّ الْوَلَدِ مَوْلَاهَا وَلَهُ وَلِيَّانِ، فَعَقَى أَحَدُهُمَا؛ لِأَنَّ ابْنَ شُجَاعٍ ذَكَرَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّهَا كَالْعَبْدِ، وَيَسْقُطُ الْجَمِيعُ، فَعَلَى هَذَا لَا يَحْتَاحُ إِلَى فَرْقٍ.

وَالْمَشْهُورُ: أَنَّ ذَلِكَ لَا يَسْقُطُ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا. أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ تَعْتَقُ بِمَوْتِ الْمَوْلَى، فَيَثْبُتُ الضَّمَنُ بِالْعَمَلِ ^(٢)، وَهِيَ حُرَّةٌ، فَيَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ لِلْمَوْلَى عَلَيْهَا صَعَانٌ. وَقَدْ ذَكَرَ ابْنُ شُجَاعٍ فِي مَسْأَلَةِ [٢٠٥/٨] أُمُّ الْوَلَدِ رَوَيْتِي. كَذَا فِي «التَّقْرِيبِ».

قَوْلُهُ: (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسخِ)، أَيِ: فِي بَعْضِ نُسَخِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) وقع في «الأصل» «لنفس الواحد وهو» وفي «ن»، «وإع» «لنفس وهو واحد» والمثبت من: «٢٤»، «٢٥»، «٢٦».

(٢) في «الأصل»: «بالعمل» والمثبت من: «ن»، «٢٤»، «٢٥»، «٢٦»، «٢٧»، «٢٨».

[وذكر في الدِّيَاتِ عَبْدُ قَتْلِ مَوْلَاهُ، وَلَهُ ابْنَانِ، فَعَفَى أَحَدَ الْإِبْنَيْنِ؛ بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ اخْتِلَافَ الرَّوَايَةِ لِأَبِي يُوسُفَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ: أَنَّ حَقَّ الْقِصَاصِ يَثْبُتُ فِي الْعَبْدِ عَلَى سَبِيلِ الشُّيُوعِ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقِصَاصِ لَهُ، فَإِذَا عَفَى أَحَدُهُمَا انْقَلَبَ نَصِيبُ الْآخَرِ، وَهُوَ النِّصْفُ مَالًا، غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الْكُلِّ، فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ، وَالنِّصْفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةً أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ مَالًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ. وَنِصْفُ النِّصْفِ هُوَ الرَّبْعُ، فَلِهَذَا يُقَالُ: ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِكَ، أَوْ افْدِهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ.

وَلَهُمَا: أَنَّ مَا يَحِبُّ مِنَ الْمَالِ يَكُونُ حَقَّ الْمَقْتُولِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ.....

في نسخة البيان

قوله: (وَذَكَرَ فِي الدِّيَاتِ: عَبْدٌ قَتَلَ مَوْلَاهُ، وَلَهُ ابْنَانِ، فَعَفَى أَحَدَ الْإِبْنَيْنِ، بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ اخْتِلَافَ الرَّوَايَةِ لِأَبِي يُوسُفَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ: أَنَّ حَقَّ الْقِصَاصِ يَثْبُتُ فِي الْعَبْدِ عَلَى سَبِيلِ الشُّيُوعِ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقِصَاصِ لَهُ، فَإِذَا عَفَى أَحَدُهُمَا انْقَلَبَ نَصِيبُ الْآخَرِ، وَهُوَ النِّصْفُ مَالًا، غَيْرَ أَنَّهُ شَائِعٌ فِي الْكُلِّ، فَيَكُونُ نِصْفُهُ فِي نَصِيبِهِ، وَالنِّصْفُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، فَمَا يَكُونُ فِي نَصِيبِهِ سَقَطَ ضَرُورَةً أَنَّ الْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ مَالًا، وَمَا كَانَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ بَقِيَ.

وَنِصْفُ النِّصْفِ هُوَ الرَّبْعُ، فَلِهَذَا يُقَالُ: ادْفَعْ نِصْفَ نَصِيبِكَ، أَوْ افْدِهِ بِرُبْعِ الدِّيَةِ. وَلَهُمَا: أَنَّ مَا يَحِبُّ مِنَ الْمَالِ [يَكُونُ] ^(١) حَقَّ الْمَقْتُولِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلٌ

(١) ما بين المعقوفتين، زياده من «ن»، و«فا»، و«ع»، و«ر»، و«م».

دَمِهِ ، وَلِهَذَا يُقْضَى مِنْهُ دُيُونُهُ ، وَيُسْقَذُ بِهِ وَصَايَاهُ ، ثُمَّ الْوَرِثَةُ يَخْلُقُونَهُ فِيهِ عِنْدَ
الْفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ ، وَالْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا ، فَلَا يَخْلُقُهُ الْوَرِثَةُ
فِيهِ (١)

﴿ هَدَايَةُ السَّيَّارِ ﴾

دَمِهِ ، وَلِهَذَا يُقْضَى مِنْهُ دُيُونُهُ ، وَيُسْقَذُ بِهِ وَصَايَاهُ ، ثُمَّ الْوَرِثَةُ يَخْلُقُونَهُ فِيهِ عِنْدَ الْفَرَاغِ
مِنْ حَاجَتِهِ ، وَالْمَوْلَى لَا يَسْتَوْجِبُ عَلَى عَبْدِهِ دَيْنًا ، فَلَا يَخْلُقُهُ الْوَرِثَةُ فِيهِ

إِلَى هَذَا لَفْظُ صَاحِبِ «الْهَدَايَةِ» ﷺ فِيهَا فِي بَعْضِ نُسَخِهَا ، وَلَمْ تُكْتَبْ هَذِهِ
النُّسخَةُ فِي أَكْثَرِ نُسَخِهَا ، وَالْحَقُّ أَنَّ تُكْتَبَ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا لَمْ تُكْتَبْ تَحُلُوْ مَسْأَلَةَ «الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ» عَنِ الدَّلِيلِ أَصْلًا .

وَقَوْلُهُ : (فِي الدِّيَّاتِ) ، أَي : فِي كِتَابِ الدِّيَّاتِ مِنْ «الْمَبْسُوطِ» .

وَقَوْلُهُ : (وَلَمْ يَذْكُرْ اخْتِلَافَ الرِّوَايَةِ) ، أَي : فِي مَسْأَلَةِ كِتَابِ الدِّيَّاتِ لَمْ يَذْكُرْ
اخْتِلَافَ الرِّوَايَةِ فِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ ﷺ ، بَلْ ذَكَرَ قَوْلَهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ فِي جَمِيعِ
الرِّوَايَاتِ ثَمَّةً .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ .



(١) كتب في حاشية الأصل وعلى أوله وآخره : (ح) .

فصل

وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطَأً، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ لَا تُزَادُ عَلَى عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ، أَوْ أَكْثَرَ، قُضِيَ لَهُ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ، إِلَّا عَشْرَةً، وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيَمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةً.

هَاجَةُ الْبَيَانِ

فصل

لَمَّا قَرَعَ مِنْ جُنَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى غَيْرِهِ: شَرَعَ فِي أَحْكَامِ لِحْنَانِيَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْفَاعِلَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمَفْعُولِ وَجُودًا، فَوَجَبَ تَرْيِيئُهُ كَذَلِكَ لِلْمُنَاسِبَةِ.

قَوْلُهُ: (وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطَأً، فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ لَا تُزَادُ عَلَى عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ، أَوْ أَكْثَرَ، قُضِيَ لَهُ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ، إِلَّا عَشْرَةً، وَفِي الْأَمَةِ إِذَا زَادَتْ قِيَمَتُهَا عَلَى الدِّيَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةً^(١))، هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ وَمُحَمَّدٍ رحمهم الله، وَذَلِكَ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ. كَذَا ذَكَرَ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٣).

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ رحمهم الله: يَجِبُ قِيَمَتُهُ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ^(٤)، وَلَا يَسَحَّمُ لَهَا الْعَاقِلَةُ كَضَمَامِ الْأَمْوَالِ. كَذَا ذَكَرَ علاءُ الدِّينِ الْعَالِمُ رحمته الله فِي «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ»^(٥).

(١) وَقَعَ فِي بَعْضِ النُّسخِ مِنْ «الْمَخْتَصَرِ». وَفِي لَأَمَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةَ قُلْ فِي «الْيَسْبِيعِ» وَالرُّوِيَّةُ الْمَشْهُورَةُ هِيَ الْأُولَى، يَعْنِي لَا الْعَشْرَةَ، وَهِيَ الصَّحِيحَةُ فِي السَّعْيِ. كَذَا فِي «التَّصْحِيحِ» [ص ٣٩٢]

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص ١٩٠].

(٣) وَعَلَى قَوْلِ الْأَصْحَابِ اعْتِمَادُ الْأَثَمَةِ مِنْهُمْ: لِإِبْرَاهِيمَ وَالسَّيْمِيِّ وَالْمَوْصِلِيِّ وَغَيْرِهِمْ. كَذَا فِي «التَّصْحِيحِ» [ص ٣٩٢] يَنْظُرُ: «التَّحْرِيدُ» [٥٤٨٤/١١]، «الْمَبْسُوطُ» [١٥٦/١٩]، «بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ» [٢٥٧/٧]

(٤) سَطَرَ، «الْأَم» لِلشَّافِعِيِّ [٦٧ ٧]، وَ«كَهَايَةَ أَنْبِيَاءِ» لِأَبِي الرَّافِعَةِ [١٨٥/١٦].

(٥) يَنْظُرُ: «طَرِيقَةُ الْخِلَافِ» لِلْعَلَاءِ السَّمَرَقَنْدِيِّ [ص ٥٠٦].

غاية العبد

وقال الطحاوي في «مختصره»: «رَوَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمهما الله أَنَّهُ قُلَّ قِيمَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالْغَا مَا بَلَغَ.

وَرَوَى أَصْحَابُ «الإِمْلاءِ» عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: قِيمَتُهُ عَلَى الْجَانِي فِي مَالِهِ بِالْغَا مَا بَلَغَتْ، وَلَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ مِنْهَا شَيْءٌ^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ رحمهما الله. وَأَجْمَعُوا فِي الْعَبْدِ الْمَغْصُوبِ إِذَا هَلَكَ عَبْدُ الْعَاصِبِ؛ يَحِبُّ قِيمَتُهُ بِالْعَا [٢٠٥/٨ م] مَا بَلَغَتْ.

وقال الكرخي رحمهما الله في «مختصره»: «رَوِيَ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يُبْلَعُ بِهِ الْخُرُّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، وَإِبْرَاهِيمَ^(٢)، وَالشَّعْبِيِّ^(٣)، وَعَطَاءٍ^(٤)، وَرَوَاهُ مُحَمَّدٌ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ^(٥) رحمهم، وَرَوِيَ عَنْ عَلِيٍّ^(٦)، وَاسِ عُمَرَ، وَابْنِ عَبَّاسٍ رحمهم: فِيهِ الْقِيَمَةُ بِالْغَا مَا بَلَغَ وَغَيْرُهُمْ^(٧). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمهم.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الْعَبْدَ مَضْمُونٌ بِالْقَتْلِ بِالِاتِّفَاقِ، وَلَكِنَّهُ مَضْمُونٌ عِنْدَنَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رحمهما الله: مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ لَهُ: أَنْ جَعَلَهُ مَضْمُونًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ أَوْلَى، فَيَكُونُ الْوَاجِبُ قِيمَتَهُ بِالْعَا مَا بَلَغَتْ، وَلَا تَعْقِلُهُ الْعَاقِلَةُ [لَأَنَّ]^(٨) آدَمِيَّتَهُ سَاقِطَةٌ الْعِبْرَةُ فِي مُقَابَلَةِ الْحَالِيَّةِ، وَلِهَذَا

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٣].

(٢) ينظر: «المصنف» لعبد لروق [رقم/١٨١٧٢]، و«المصنف» لابن أبي شيبة [رقم/٢٧٢١٣].

(٣) ينظر: «المصنف» لعبد لروق [رقم/١٨١٧٢]، و«المصنف» لابن أبي شيبة [رقم/٢٧٢١٥].

(٤) ينظر: «المصنف» لعبد لروق [رقم/١٨١٦٩]، و«المصنف» لابن أبي شيبة [رقم/٢٧٢١٤].

(٥) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» [رقم/١٨١٧٤]، وابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٢٧٢٠٣]،

لكن فيهما قال: «فَتَمَّتْ مَا بَلَغَ، وَإِنْ زَادَ عَلَى نِيَّةِ الْخُرِّ».

(٦) أخرجه عبد الرزاق في «المصنف» [رقم/١٨١٧٦]، وابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٢٧٢٠٩].

(٧) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقلوري [ق/٣٣٧/دامد].

(٨) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«ع»، و«فلا»، و«م»، و«ار».

في غاية البهول

ظهرت مالكيّة المولى عليه ، ولم تَطْهَرْ مالكيّته في مُقَابِلَةِ مالكيّة المولى حتّى كان المولى أحقّ بنفسيه منه ، فكانَ تَصْصِيْنُهُ مِنَ الوجهِ الطَّهْرِ أُولَى ، [١٥٥/٢] ولهذا كان الواجبُ القيمة في قليل القيمةِ دونَ الدِّيّةِ ، حتّى لم تَكُنْ مُقَدَّرَةً في نفسها ، وكذلك الواجبُ في أطرافِ العبيدِ القيمةَ بالإجماع ، فكذا في العبدِ المَعْصُوبِ ، فكان معنى المالِيّة فيه أَرْحَحَ مِنْ معنى الآدميّة . ولما : قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِسَةٌ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ [النساء: ٩٢] .

وجهُ الاستدلال : أنّه تعالى سَمَّى الواجبَ في قتلِ المَرْمُومِ خطأ دِيّةً ، والعبدُ مُؤْمِنٌ قُتِلَ خَطَاً ، فَيَجِبُ فِيهِ الدِّيّةُ ، والدِّيّةُ : اسمٌ لما يَجِبُ بِمُقَابِلَةِ الآدميِّ لَا بِمُقَابِلَةِ المَالِ ، وما يَجِبُ بِمُقَابِلَةِ المَالِ يُسَمَّى قيمةً وَضْمَانًا ، وَهَرِ الْعَرْفُ ، فَجَبَتْ بِدَلَالَةِ الآيَةِ أَنَّ العَدَّ مَضْمُونٌ بِمُقَابِلَةِ الآدميّةِ ، وَلَا يُزَادُ عَلَى تَقْدِيرِ الشَّرْعِ فِي الدِّيَةِ وَتُنْقُصُ عَنْهَا بِأَثَرِ عِبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ ؓ لِنُقْصَانِ الرُّقِّ فِيهِ ، لِثَلَا يَدْرَمُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ كَامِلِ الحَالِ وَنَاقِصِ الحَالِ .

والدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ معاني الآدميّةِ راجحةٌ فِيهِ : أَنَّ أَكْثَرَ تَكَالِيفِ الشَّرْعِ مُتَوَجِّهَةٌ عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ مِنْ حَيْثُ الآدميّةُ ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدميٌّ ، وَلِهَذَا وَجَبَ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، ثُمَّ إِنَّهُ كَمَا اسْتَحَقَّ الْعِصْمَةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ اسْتَحَقَّ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدميٌّ ، فَمِرَاعَةُ الْعِصْمَةِ مِنْ حَيْثُ الآدميّةِ أُولَى مِنْ مِرَاعَاتِهَا مِنْ حَيْثُ المَالِيّةُ ، لِأَنَّ عِصْمَتَهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدميٌّ لِدَايَتِهِ ، وَعِصْمَتُهُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ لَغَيْرِهِ . فَكَانَتْ عِصْمَتُهُ مِنْ حَيْثُ المَالِيّةُ كَاتِبًا لِلْعِصْمَةِ مِنْ حَيْثُ الآدميّةِ فِي حَقِّ اسْتِحْقَاقِ الْعِصْمَةِ ، وَالْحَاقُّ التَّابِعُ بِالْأَصْلِ أُولَى مِنَ الْقَلْبِ ، وَلِأَنَّ المعاني التي تَرِيدُ بِهَا قيمةُ العبدِ موجودةٌ فِي الْأَحْرَارِ مَعَ زِيَادَةِ الْحُرِّيَةِ ، فَإِذَا لَمْ تُوجِبْ أَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ ، فَلِأَنَّ لَا تُوجِبُ فِي الْعَبْدِ مَعَ نُقْصَانِ الرُّقِّ أُولَى ، وَلِأَنَّهُ بَدَلُ آدميٍّ وَجَبَ

﴿ غاية النبال ﴾

بالقتل، محار أن يَدْخُلَهُ التَّقْدِيرُ كَدِيَةِ الْحُرِّ، وَلَا يَلْزُمُ [٢٠٦/٨] إِذَا عَصَبَ عَبْدًا
فَرَفَّ فِي يَدِهِ، لِأَنَّا احْتَرَرْنَا بِالْقَتْلِ عَنْ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ الْعَصَبَ يَرِدُ عَلَيْهِ بِاعْتِبَارِ
الْمَالِيَّةِ، فَكَانَ مَضْمُونًا بِمُقَابِلَةِ الْمَالِيَّةِ لَا الْآدَمِيَّةِ.

وَمِنْ فُلُوحِ الْقِيَمَةِ لَا يَقُولُ إِنَّهُ ضَمَانُ مَالٍ، بَلْ هُوَ ضَمَانُ الْآدَمِيِّ أَيْضًا، إِلَّا إِنَّهُ
لَمَّا لَمْ يَرِدِ السَّمْعُ فِيهِ، جُعِلَ الْقِيَمَةُ وَالْمَالِيَّةُ مَعْيَارًا لِهَذَا الْبَدَلِ، وَلِأَنَّ ضَمَانَ النَّفْسِ
فُسِّرَ ثَمَّةً بِالْمَالِيَّةِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ [لَا] ^(١) يَلْزُمُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ كَامِلِ الْحَالِ وَنَاقِصِ
الْحَالِ، وَمِنْ الْأَطْرَافِ لَيْسَ مَعْنَى الْآدَمِيَّةِ بِأَصْلٍ، بَلْ هُوَ تَابِعٌ؛ لِأَنَّهُ يُنْتَفَعُ بِهَا انْتِفَاعَ
الْأَمْوَالِ، فَتَرَجَّحَ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، بِخِلَافِ النَّفْسِ.

فَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ مَمْلُوكٌ، فَإِذَا أُتْلِفَ وَجَبَ أَنْ يَبْلُغَ قِيَمَتَهُ بِالْعَا مَا بَلَغَ، كَسَائِرِ
الْمَمْلُوكَاتِ.

قُلْنَا: الْمَعْنَى فِي الْأَصْلِ: أَنَّهَا تُضَمَّنُ ضَمَانَ الْأَمْوَالِ، وَلِهَذَا لَا يَدْخُلُ فِيهِ
شَيْءٌ مِنْ أَحْكَامِ الْجِنَايَاتِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ؛ فَإِنَّهُ يُضَمَّنُ ضَمَانَ الْجِنَايَاتِ، بِدَلِيلِ
ثُبُوتِ الْكُفَّارَةِ، وَتَحْمُلِ الْعَاقِلَةِ، وَوُجُوبِ الْقِصَاصِ، وَثُبُوتِ الْقَسَامَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا لَا يَتَقَدَّرُ بِذَلِكَ قِلَّةً، لَا يَتَقَدَّرُ كَثْرَةً كَالْأَمْوَالِ.

قُلْنَا: يَتَطَلَّلُ بِالْيَدِ الشَّلَاءُ، وَمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ مِنَ الْجِنَايَاتِ.

ثُمَّ لَمَّا لَمْ يَرِدِ الْوَاجِبُ فِي قَتْلِ [١٥٥/٣] الْعَبْدِ عَلَى دِيَةِ الْحُرِّ، نَقَصَ مِنْهَا
إِطْهَارًا لِقِصَاصِ الرُّقِّ، وَإِنَّمَا عَيِّنَتِ الْعَشْرَةَ بِأَثَرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ، وَلِأَنَّ الْعَشْرَةَ
أَدْنَى مَالٍ لَهُ حَظٌّ فِي الشَّرْعِ، وَلِهَذَا تَوَقَّفَ الْقَطْعُ فِي السَّرِقَةِ عَلَيْهَا، أَلَا تَرَى أَنَّ
الْحُرَّ لَا يُنْسَاحُ وَطُؤُهَا بِالسَّكَاحِ إِلَّا بِعَشْرَةٍ، وَيُسْتَبَاحُ وَطُؤُ الْأَمَةِ بِالْهَبَةِ بِغَيْرِ شَيْءٍ،

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: ١٢٦، وَ ١٢٧، وَ ١٢٨، وَ ١٢٩.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَالشَّافِعِيُّ: تَجِبُ قِيمَتُهُ بِأَلْفَةٍ مَا بَلَغَتْ، وَلَوْ غَصَبَ عَبْدٌ قِيمَتَهُ ٢٧٠/١ عِشْرُونَ أَلْفًا فَهَلَكَ فِي يَدِهِ تَجِبُ قِيمَتُهُ بِأَلْفَةٍ مَا بَلَغَتْ بِالإِجْمَاعِ. لَهُمَا أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ الْمَالِيَّةِ وَلِهَذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى وَهُوَ لَا يَمْلِكُ الْعَبْدَ إِلَّا مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ، وَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَسْبُوعُ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ يَبْقَى الْعَقْدُ وَبَقَاؤُهُ يَبْقَى الْمَالِيَّةُ أَصْلًا أَوْ بَدَلًا وَصَارَ كَقَلِيلِ الْقِيَمَةِ وَكَأَلْغَصَبٍ.

غاية البيان

وَلِدَلِكْ قَدَّرُوا نَقْصَ الرِّقِّ هَاهَا بِعَشْرَةٍ.

وَأَمَّا الْأَمَّةُ. فَلَا يَزَادُ الْوَاجِبُ فِي قَتْلِهَا عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةٌ، وَهَذَا ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ؛ لِأَنَّ هَذَا دِيَّةُ الْحُرِّ، فَيُنْقُصُ مِنْهَا عَشْرَةٌ كَمَا يُنْقُصُ مِنْ دِيَّةِ الرَّجُلِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا قُطِعَ يَدُ الْعَبْدِ أَنَّهُ لَا يَتَجَاوَرُ خَمْسَةَ آلَافٍ إِلَّا حَمْسَةً؛ لِأَنَّ مَا يَجِبُ فِي الْيَدِ حُزْءٌ مِمَّا يَجِبُ فِي الْجُمْلَةِ، فَقُدِّرَ يَنْصِفُهَا، وَمَا يَجِبُ فِي الْأُنْثَى لَيْسَ بِحُزْءٍ مِنْ دِيَّةِ الذَّكَرِ، وَإِنَّمَا هِيَ دِيَّةٌ فِي نَفْسِهَا، فَلِذَلِكَ قُدِّرَ النِّقْصُ فِيهَا بِعَشْرَةٍ.

وَفِي رَوَايَةِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فِي قَتْلِ الْأَمَةِ خَطَأً، إِذَا زَادَتْ قِيمَتُهَا عَلَى دِيَّةِ الْحُرِّ حَمْسَةُ آلَافٍ دَرَاهِمٍ إِلَّا خَمْسَةً.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ السَّمَرَقَنْدِيُّ رحمته الله فِي كِتَابِ «الْعِيُونِ»: «رَوَايَةُ الْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ هُوَ الْقِيَاسُ» ^(١).

قَوْلُهُ: (وَلِهَذَا يَجِبُ لِلْمَوْلَى)، إِضَاحٌ لِكَوْنِ الضَّمَانِ بَدَلُ الْمَالِيَّةِ، وَهُوَ لَا يَمْلِكُ الْعَبْدَ إِلَّا مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ. أَيُّ: الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ الْعَبْدَ مِنْ حَيْثُ الْأَدَمِيَّةُ، بَلْ مِنْ حَيْثُ الْمَالِيَّةُ، فَلَوْ كَانَ الضَّمَانُ بَدَلُ الدِّمِّ؛ لَوَجِبَ الضَّمَانُ لِلْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ الدِّمِّ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَسْبُوعُ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ يَبْقَى | ٢٧٠/٨ | الْعَقْدُ)، ذَكَرَهُ

(١) ينظر «عيون المسائل» لأبي الليث [ص/ ٢٨٧].

وَلَا بِي حَنِيفَةً وَمُحَمَّدٍ ﷺ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَبِئْسَ مَسَلَمَةً إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾
[الساء ٩٢] أَوْجَبَهَا مُطْلَقًا، وَهِيَ اسْمٌ لِلْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الْأَدَمِيَّةِ، وَلَآنَ فِيهِ مَعْنَى
الْأَدَمِيَّةِ حَتَّىٰ كَانَ مُكَلَّفًا، وَفِيهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَالْأَدَمِيَّةُ أَغْلَاهُمَا فَيَجِبُ اعْتِبَارُهَا

غَايَةِ الْبَيَانِ

أَيْضًا عَلَى سَبِيلِ الْإِيضَاحِ عَطْفًا عَلَى قَوْلِهِ: (يَجِبُ لِلْمَوْلَى)، يَعْنِي: أَنَّ بَقَاءَ الْعَقْدِ
بِاعْتِبَارِ الْمَالِيَّةِ، لَا بِاعْتِبَارِ الْأَدَمِيَّةِ، دَلٌّ أَنَّ الضَّمَانَ بَدَلُ الْمَالِيَّةِ.

وهذه المسألة تَحْتَاجُ إِلَى الْبَيَانِ.

قَالَ الْقُدُورِيُّ ﷺ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «قَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: إِذَا قُتِلَ الْمَبِيعُ
فِي يَدِ الْبَائِعِ، فَاخْتَارَ الْمُشْتَرِي إِجَازَةَ الْبَيْعِ؛ كَانَ لَهُ الْقِصَاصُ، وَكَذَلِكَ إِنْ اخْتَارَ
فَسَحَ الْبَيْعِ؛ كَانَ لِلْبَائِعِ الْقِصَاصُ، وَهَذَا حِفْظِي عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷺ: لَيْسَ لِلْبَائِعِ الْقِصَاصُ، وَرَوَى ابْنُ زِيَادٍ عَنْهُ: لَا قِصَاصَ
لِلْمُشْتَرِي أَيْضًا.

لَأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الْعَقْدَ يَتَعَرَّضُ لِلْفَسْخِ مَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ الْقَبْضُ، فَإِذَا هَلَكَ
انْفَسَخَ الْعَقْدُ، وَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ، فَوَحَبَ الْقِصَاصُ لِلْبَائِعِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمُكَاتَبُ
إِذَا مَاتَ عَنْ وِفَاءٍ، وَوَارِثُهُ غَيْرُ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ يَنْبَغُ لَهُ الْحَقُّ مِنْ غَيْرِ أَنْ
يَسْتَدَّ إِلَى أَمْرِ سَابِقٍ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْقِصَاصُ.

وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْعَبْدُ إِذَا قُتِلَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، فَضَمَّنَهُ أَمَالِكُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ
الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ يَتَعَلَّقُ بِالْإِحْتِيَارِ، وَهُوَ سَبَبُ حَادِثٍ بَعْدَ الْجَبِيَّةِ، فَكَذَلِكَ لَمْ
يَمْلِكْ بِهِ الْقِصَاصُ، وَفِي مَسَائِلِنَا يَمْلِكُهُ الْبَائِعُ بِحُكْمِ الْمِلْكِ الْأَوَّلِ، وَلَا يَلْزَمُ
[٤٥٦/٢] عَلَى هَذَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ، وَالْعَبْدُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي، فَاخْتَارَ تَضَمُّنَهُ
أَنَّهُ لَا قِصَاصَ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِاخْتِيَارِ التَّضَمُّنِ، وَهُوَ سَبَبُ حَادِثٍ.

وَلَأَبِي يُوسُفَ ﷺ: أَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسِخُ بِالْهَلَاكِ، فَيَمْلِكُهُ الْبَائِعُ بِذَلِكَ، وَهُوَ سَبَبُ

بِإِهْذَارِ الْأَذْنَى عِنْدَ تَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَصَمَانِ الْغَضَبِ بِمُقَابَلَةِ الْمَالِيَّةِ، إِذِ الْغَضَبُ لَا يَرُدُّ إِلَّا عَلَى الْمَلِكِ، وَبَقَاءُ لِعَقْدِ يَتَّبِعُ الْقَائِدَةَ حَتَّى يَتَّقَى تَعَدُّ قَتْلِهِ عَمْدًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْقِصَاصُ بَدَلًا عَنْ الْمَالِيَّةِ فَكَذَلِكَ أَمْرُ الدِّيَّةِ.

وَفِي قَلِيلِ الْقِيَمَةِ الْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الْأَدَمِيَّةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا سَمْعَ فِيهِ فَقَدَّرْنَا بِقِيَمَتِهِ رَأْبًا، بِحِلَافٍ كَثِيرِ الْقِيَمَةِ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْحُرِّ مُقَدَّرَةٌ بِعَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَنَقَصْنَا مِنْهَا فِي الْعَبْدِ إِظْهَارًا لِأَنَّهُ حِطَاطٌ رُتِبَتِهِ وَتَعَيَّنَ الْعَشْرَةُ بِأَثَرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ.

شَايِدَ الْمُبِيرُ

حَادِثٌ، فَصَارَ كَتَضْمِينِ الْغَاصِبِ، وَتَضْمِينِ الْمُشْتَرِي فِي الْبَيْعِ الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَهُ، وَإِنَّمَا كَانَتْ يَدُ لِغَيْرِهِ، فَهَذَا لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْقِصَاصِ.

وَوَجْهُ الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى: أَنَّ الْمَبِيعَ مَا دَامَ فِي يَدِ الْبَائِعِ؛ فَلَهُ فِيهِ حَقُّ الْمِلْكِ، لِحَوَازِهِ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِ، فَقَدْ وَقَعَتِ الْجِرَاحَةُ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَثْبُتُ الْقِصَاصُ مَعَهُ، وَهُوَ أَنْ يَخْتَارَ الْمُشْتَرِي الرَّدَّ، فَصَارَ ذَلِكَ شُبْهَةً.

وَقَدْ قَالَ زُفَرٌ رحمه الله فِي الْمَبِيعِ يُقْتَلُ فِي يَدِ الْبَائِعِ: لَا قِصَاصَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَكَذَلِكَ الرَّهْنُ؛ لِأَنَّ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَمْنَعَ الْمَالِكُ مِنَ الْقِصَاصِ، فَصَارَ ذَلِكَ شُبْهَةً.

وَفَرَّقَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله بَيْنَ الْبَيْعِ وَالرَّهْنِ فِي إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ فِي الرَّهْنِ لِلرَّهْنِ، وَإِنَّمَا لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَمْنَعَ الْقِصَاصَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ، فَإِذَا رَضِيَ فَقَدْ أَسْقَطَ حَقَّ نَفْسِهِ، فَبَقِيَ مِلْكُ لِرَّهْنٍ، وَفِي الْمَبِيعِ حَقُّ الْمِلْكِ ثَابِتٌ لِبَائِعٍ، فَيَصِيرُ الْمُسْتَحَقُّ لِلْقِصَاصِ مُجْهُولًا. كَذَا فِي «التَّقْرِيبِ».

قَوْلُهُ: (عِنْدَ تَعَذُّرِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا)، أَي: بَيْنَ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَمَعْنَى الْأَدَمِيَّةِ؛ لِأَنَّهُمْ أَحْتَمَوْا عَنْ أَنْ الصَّمَانَ إِمَّا بَدَلُ الْمَالِيَّةِ [٢٠٧/٨]، أَوْ بَدَلُ الْأَدَمِيَّةِ.

قَوْلُهُ: (وَتَعَيَّنَ الْعَشْرَةُ بِأَثَرِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ رحمه الله)، وَهُوَ مَا رَوَى الْقُدُورِيُّ رحمه الله

قَالَ: وَفِي يَدِ الْعَبْدِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ، لَا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ؛

«شافية البيان»

في «شرح مختصر الكرخي»: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ قَالَ هِيَ قِيَمَةُ الْعَبْدِ: «لَا يُزَادُ عَلَى عَشْرَةِ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةٌ». وَهَذَا أَمْرٌ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ طَرِيقِ التَّوْقِيفِ.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ نُسَخِ «الهِدَايَةِ»: «ابْنُ عَبَّاسٍ»^(١)، مَكَانَ «ابْنِ مَسْعُودٍ»، وَذَلِكَ لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ مَذْهَبَ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه مِثْلُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رضي الله عنه، وَقَدْ رَوَاهُ الْكَرْخِيُّ كَذَلِكَ، مَرَّةً بَيِّنَةً.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَفِي يَدِ الْعَبْدِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ، لَا يُزَادُ عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ إِلَّا خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رضي الله عنه فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢)، أَي. لَا تُزَادُ نِصْفُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ فِي تَصْمِينِ الْجَانِي عَلَى خَمْسَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ مَنْقُوصٍ مِنْهُ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ مَا يَحِبُّ فِي الْيَدِ مِنَ الْحُرِّ مُقَدَّرٌ بِنِصْفِ مَا يَحِبُّ فِي الْجُمْلَةِ، فَكَذَلِكَ مَا يَحِبُّ فِي يَدِ الْعَبْدِ يُقَدَّرُ بِنِصْفِ مَا يَحِبُّ فِي جُمْلَتِهِ، وَلَا يُشَبَّهُ هَذَا مَا يَحِبُّ فِي نَفْسِ الْأَمَةِ إِنَّهُ يَنْقُصُ مِنْهُ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحُزْرٍ مِنْ دِيَةِ الذَّكَرِ، وَإِنَّمَا هِيَ دِيَةٌ فِي نَفْسِهَا، وَلِهَذَا يُقَدَّرُ النِّقْصُ فِيهِ بِعَشْرَةٍ، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَوَّلًا رضي الله عنه^(٣).

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: عَلَيْهِ النُّقْصَانُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَأَبِي يُوسُفَ آخِرًا رضي الله عنه، كَذَا فِي [٤٥٦/٣] «شرح أبي نصر».

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «قَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ وَيَشُرُّ، عَنْ أَبِي يُوسُفَ قَالَ: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: كُلُّ شَيْءٍ فِيهِ مِنَ الْحُرِّ الدِّيَةُ؛ فَهُوَ مِنَ الْعَبْدِ فِيهِ

(١) وَكَدَا أَشَارَ إِلَيْهِ الْمُؤَلِّفُ فِي حَاشِيَةِ اسْئِدَّة لَنِي بِحِطَّةٍ مِنْ «الهِدَايَةِ» [٢، ق. ٢٧٠ / أ] مَحْطُوطٌ مَكْتَبِيهِ مِصْرَ اللَّهِ أُنْدِي - تَرْكِيبَ -.

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص. ١٩٠].

(٣) وَالصَّحِيحُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ - رضي الله عنه - وَعَلَى قَوْلِ الْإِمَامِ اعْتِمَادُ الْمَحْرُوسِ وَالْإِسْمِ وَغَيْرَهُمَا. يَنْظُرُ. «الْمَايَةِ» [٣٥٦/١٠]، «مَجْمَعُ الْأَنْهَارِ» [٦٧٢/٢]، «بَيِّنَاتُ الْحَقَائِقِ» [١٦٢/٦]، «النَّصِيح» [ص. ٣٩٣].

لأنَّ اليَدَ مِنَ الْأَدَمِيِّ نِصْفُهُ فَتُعْتَبَرُ بِكُلِّهِ، وَيَنْقُصُ هَذَا الْمِقْدَارُ إِظْهَارًا لِانْحِطَاطِ رُتْبَتِهِ، وَكُلُّ مَا يَقْدَرُ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ فَهُوَ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ فِي الْعَبْدِ كَالدِّيَةِ

هاتية البيان

القيمة، وكلُّ شيءٍ مِنَ الْحُرِّ فِيهِ نِصْفُ الدِّيَةِ؛ فَهُوَ مِنَ الْعَبْدِ فِيهِ نِصْفُ قِيَمَتِهِ، وَكَذَلِكَ الْجِرَاحَاتُ عَلَى هَذَا الْحِسَابِ.

قَالَ أَبُو يُوسُفَ: ثُمَّ إِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رَجَعَ فِي حَاجِبِ الْعَبْدِ وَفِي أُذُنِهِ، وَقَالَ: فِيهِ حُكُومَةُ عَذَلٍ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «إِمْلَائِهِ»: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِذَا قَطَعَ الرَّجُلُ يَدَ الْعَبْدِ، أَوْ فَقَأَ عَيْنَهُ، أَوْ قَطَعَ رِجْلَهُ، أَوْ شَجَّهَ مُوَضِحَةً، أَوْ مَمَّةً، أَوْ مُنْقَلَةً، أَوْ نَزَعَ ثَنِيَّتَهُ، أَوْ صَبَرَمَتَهُ؛ نُظِرَ إِلَى الَّذِي صُيِّعَ بِهِ، كَمْ أَرَشُهُ مِنْ دِيَةِ الْحُرِّ، فَيَعْرَمُ ذَلِكَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَكَذَلِكَ بَلَغَتْ عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

قَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: اسْتَقْبَحَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنْ يُضْمَرَ فِي الْأُذُنِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ. وَقَالَ الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنَّهُ إِنْ حَلَقَ أَحَدٌ حَاجَتَهُ فَلَمْ يَنْتِثْ، أَوْ نَتَفَ أَشْفَارَ عَيْنِهِ الْأَسْفَلَ وَالْأَعْلَى فَلَمْ يَنْتِثْ، أَوْ قَطَعَ إِحْدَى شَفَتَيْهِ الْعُلْيَا أَوْ السُّفْلَى؛ إِنَّ عَلَيْهِ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ ذَلِكَ نِصْفَ الْقِيَمَةِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنْ نَفْسِهِ: يَعْرَمُ الْجَانِي بِجَنَائِهِ [مَا نَقَصَ بِجَنَائِهِ] (١) مِنَ الْعَبْدِ عَنِ قِيَمَتِهِ، أَقْوَمُهُ وَلَا جَنَايَةَ بِهِ، وَأَقْوَمُهُ مَجْنِيًّا عَلَيْهِ، وَأَعْرَمُ الْجَانِي فَضْلَ مَا بَيْنَ (٢) الْقِيَمَتَيْنِ.

قَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ وَأَبِي يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَقَوْلُنَا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَحَمِيعُ هَذِهِ الْحَنَائِطِ فِي مَالِ الْجَانِي خَطَأً كَانَتْ أَوْ عَمْدًا، مَا لَمْ تَبْلُغِ النَّفْسَ، فَإِذَا بَلَغَتْ لِنَفْسٍ وَكَانَتْ الْجَنَايَةُ خَطَأً؛ كَانَتْ الْقِيَمَةُ عَلَى

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من 'نحو' و'ع'، و'لا' و'لا'، و'لام'، و'و'.

غاية البيان

العاقلة^(١). إلى هنا لفظ الكرجي

وجملة هذا: ما ذكره الشيخ أبو الحسين القُدُوري في «شرح» : «أن الجانيات في العبيد تتقدر فيما دون النفس عند أبي حنيفة وأبي يوسف .
وقال محمد: لا تتقدر، وروى عن أبي يوسف مثله، وهو قول مالك .

وجه قول أبي حنيفة : أن القيمة في العبيد مثل الدية في الأحرار، فإذا كانت الجناية فيما دون النفس، يجوز أن يتقدر في دية الحر، حار أن يتقدر من قيمة العبد، ولأن الجناية عليه في النفس يدخلها التقدير، ألا ترى أنها لا يبلغ بها الدية، فجاز أن يكون ما دون النفس يدخله التقدير كالحر .

وجه قول محمد: أن ما دون النفس من العبد ضمانه ضمان الأموال، بدلالة أنه لا يتعلق به قود ولا كفارة، ولا يتحملها العاقلة، وضمان الأموال يجب فيه نقصان .

وإذا ثبت هذا: فروى الحسن عن أبي حنيفة : أن الجناية على العبد مقدرة فيما يقصد به المنفعة، وما قصد به الزينة مثل الحاجب والشعر والأذن، ودلت لأن التقدير لما دخل في الجناية استوى [٤٥٧/٣] ما يقصد به المنفعة، وما يقصد به الزينة كالحر .

وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة : أن ما يقصد به المنفعة يتقدر، وما يقصد به الزينة لا يتقدر، وهو قوله الآخر؛ لأن الزينة ليست بمعنى مقصود من العبد، وهي مقصودة من الأحرار، فأما المنفعة فمقصودة منهما، فذلك تقدرت؛ لأن ما دون النفس من العبد أجري مجرى الأموال؛ بدلالة أنه لا يجب فيه قصاص، ولا يتحملها العاقلة، وهو في نفسه جناية، ولو تقدرت بكل حال للحق

(١) بظر «شرح محضر لكرحي» للقُدُوري [ق/٣٢٧/داماد].

غاية البيان

بالحنائية من كل وجه، ولو لم يتقدّر للحق بضمان الأموال من كل وجه، فقدّروا به ما يُقصدُ [به] ^(١) المنفعة، ولم يقدّروا ما يُقصدُ به الرينة؛ ليُعطى الشئ من الجهتين فأما قوله: إن الحناية على العبد فيما دون النفس، لا يتحمّلها العاقلة؛ لأن ضمانه أحريّ مجرئ ضمان الأموال، بدلالة أنه لا يلزم فيه قصاص بحال، وضمن المال لا يتحمّله العاقلة، فأما إذا قُتل العبد خطأ فقيمتُه على العاقلة عند أبي حنيفة ومحمد عليهما السلام.

وروي عن أبي يوسف عليه السلام أنه قال: في مال القاتل. وروي أن مقدار الدية على لعاقلة، وما زاد على ذلك في مال القاتل.

وجه قولهما: أن ضمان النفس في العبد ضمان جنائية؛ بدلالة وجوب القصاص فيها إذا كانت عمداً، وجوب الكفارة فيه، فصارت كالجناية على الحرّ.

وجه قول أبي يوسف عليه السلام: ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «لا تعقل [٢٠٨/٢٠٨] العاقلة عمداً، ولا عنداً، ولا صلحاً، ولا اعتزافاً» ^(٢)، ولأن العاقلة لا تتحمّل ما دون النفس فيه، فكل ذلك النفس كالبهائم، وعكسه الأحرار.

والجواب: أمّ الحرّ. فمعناه لا تتحمّل العاقلة ما جناه العبد؛ لأن المولى أقرب إليه منهم، وأما قياسه على ما دون النفس: فليس بصحيح؛ لأنه لا يتعلّق به أحكام الجنيات من القصاص والكفارة، فلم يتعلّق به حكم التحمّل.

(١) ما بين المعقوفين زيادة من «٢٢»، و«م»

(٢) أخرجه الدارقطني في «مسنه» [١٧٧/٣]، وإسبغني [١٠٤/٨]، من طريق عامر الشعبي عن عمر رضي الله عنه قال: «العمد والعبد والصلح والإعتزاف لا تعقّب العاقلة».

قال البيهقي: لا كذا قال عن عمر عن عمر، وهو عن عمر منقطع، والمحموط عن عامر الشعبي من قوله «وصعقه ابن الملق في «لبدر المسير» [٤٧٦/٨]

فِي الْحُرِّ إِذَا مَوَّ بِذُلِّ الدَّمِّ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ، وَإِنْ غَضِبَ أَمَةٌ قِيمَتُهَا عَشْرُونَ أَلْفًا، فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ، فَعَلَيْهِ تَمَامُ قِيمَتِهَا؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ ضَمَانَ الْغَضَبِ ضَمَانُ الْمَالِيَّةِ.

«شافية البيان»

وَحَدَّثَ الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّ مِقْدَارَ الدِّيَةِ مِمَّا ضَمَانُهُ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ، فَيَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ، وَمَا رَادَّ عَلَى الدِّيَةِ فَوْجُوهُ مِنْ حَيْثُ ضَمَانُ الْمَالِ، فَلَمْ يَتَحَمَّلْهُ الْعَاقِلَةُ.

وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّهُ فَرَّقَ بَيْنَ مَا يُوجِبُ الدِّيَةَ، وَمَا يُوجِبُ أَقْلَ مِنَ الدِّيَةِ، فِيمَا يُقْصَدُ بِهِ الرِّينَةُ مِنَ الْعَدُوِّ، وَقَالَ فِي أَحَدِ حَاجَتَيْهِ: نِصْفُ الْقِيَمَةِ، وَفِي الْأُتْرُقِ مَا نَقَصَ، وَلَا يُبْلَغُ بِهِ دِيَّةٌ حُرٌّ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ عَلَى الْعَبْدِ جِنَايَةٌ عَلَى مَالٍ، فَلَا يَجِبُ جَمِيعُ قِيَمَتِهِ بِنُقْصَانِهِ، كَمَا لَا يَجِبُ فِي الْبَهَائِمِ

وَقَدْ قَالَ الْحَسَنُ رحمته الله فِي رَوَايَتِهِ: إِذَا قُطِعَ ذَكَرُهُ، أَوْ أُشْتُيْهِ، أَوْ أَصَابَعَ يَدَيْهِ، أَوْ أَصَابَعَ رِجْلَيْهِ؛ فَمِثْلُ مَا نَقَصَهُ، وَهَذَا يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مَا يُقْصَدُ بِهِ الْعَتَفَةُ، وَمَا يُقْصَدُ بِهِ الرِّينَةُ إِذَا بَلَغَ جَمِيعُ الْقِيَمَةِ، وَجَبَ فِيهِ مَا نَقَصَ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ، فَلَا يَجِبُ بِنُقْصَانِهِ جَمِيعُ قِيَمَتِهِ.

وَالْمَشْهُورُ مِنَ الرَّوَايَةِ فِي يَدَيِ الْعَبْدِ وَعَيْنَيْهِ: جَمِيعُ قِيَمَتِهِ، وَيُخَيَّرُ الْمَوْلَى بَيْنَ إِمْسَاكِهِ مِنْ غَيْرِ شَيْءٍ، أَوْ تَسْلِيمِهِ [٤٥٧/٣] إِلَى الْجَانِي، وَيَأْخُذُ الْقِيَمَةَ، حَتَّى لَا يَجْتَمَعَ عَلَى مِلْكِهِ التَّدَلُّ وَالْمُبَدَلُ، وَسَيَجِيءُ بَيَانُهَا فِي آخِرِ هَذَا الْفَصْلِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ فِي «شرح مختصر الكرخي».

قَوْلُهُ: (بَدَلُ الدَّمِّ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ)، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما الله). قَوْلُهُ تَعَالَى: «وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ»، أَوْجَبَهَا مُطْلَقًا، وَهِيَ اسْمٌ لِلْوَاجِبِ بِمُقَابَلَةِ الْأَدَمِيَّةِ (...). إِلَى آخِرِ مَا قَالَ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ غَضِبَ أَمَةٌ قِيمَتُهَا عَشْرُونَ أَلْفًا، فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ؛ فَعَلَيْهِ تَمَامُ قِيمَتِهَا)،

قَالَ: وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ، فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى، ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى، فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِلَّا اقْتَصَّ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ، وَعَلَى الْقَاطِعِ أَرْشُ الْيَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذَلِكَ إِلَى أَنْ أَعْتَقَهُ، وَيَبْتَطِلُ الْفَضْلُ.

شَايَةَ الْبَيَانِ

وهذه من مسائل «الجامع الصغير»^(١)، وذلك لأنَّ الغَصْبَ يَرُدُّ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ لَهُ مَالٌ، لَا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ، فَتُعْتَبَرُ الْمَالِيَّةُ بِالْغَا قِيمَتُهَا مَا بَلَغَتْ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ، فَأَعْتَقَهُ الْمَوْلَى، ثُمَّ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى؛ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِلَّا اقْتَصَّ مِنْهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمهما الله: لَا قِصَاصَ فِي ذَلِكَ، وَعَلَى الْقَاطِعِ أَرْشُ الْيَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذَلِكَ إِلَى أَنْ أَعْتَقَهُ، وَيَبْتَطِلُ الْفَضْلُ)، أَي: قَالَ فِي «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما الله: فِي رَجُلٍ لَهُ عَبْدٌ، فَقَطَعَ رَحْلَ يَدِ الْعَبْدِ عَمْدًا، ثُمَّ أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ، فَمَاتَ الْعَبْدُ مِنْهَا، قَالَ: إِنْ كَانَ لِلْعَبْدِ وَرَثَةٌ؛ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْقَاتِلِ، وَإِنْ كَانَ لَا وَارَثَ لَهُ غَيْرُ الْمَوْلَى؛ فَلِلْمَوْلَى أَنْ يَقْلَ قَاتِلَهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ أَيْضًا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا أَرَى عَلَيْهِ [٢٠٨، ٢٠٩] قِصَاصًا عَلَى حَالٍ، وَعَلَى الْقَاتِلِ أَرْشُ الْيَدِ، وَمَا نَقَصَهُ ذَلِكَ إِلَى أَنْ أَعْتَقَهُ، وَيَبْتَطِلُ الْفَضْلُ»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الجامع الصغير».

وذلك لأنه إذا كَانَ لَهُ وَارَثٌ آخَرُ لَا يَحِبُّ الْقِصَاصَ بِالْإِتِّفَاقِ، وَيَحِبُّ عَلَى الْقَاطِعِ أَرْشُ الْيَدِ، وَهُوَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ دِيَّةُ الْيَدِ لِلْمَوْلَى لَا شَتَابَ الْمُسْتَوْفَى؛ لِأَنَّ إِدَّ نَظَرَنَا إِلَى حَالَةِ الْقَطْعِ؛ فَالْوَلِيُّ هُوَ الْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ حَصَلَتْ عَلَى مِلْكِهِ، وَإِنْ نَظَرْنَا إِلَى حَالَةِ الْمَوْتِ فَالْوَلِيُّ هُوَ الْوَارِثُ الْآخَرُ لَا الْمَوْلَى.

(١) يَطْرُقُ «الجامع الصغير» مع شرحه الشافعي الكبير [ص/٥١٠].

(٢) يَطْرُقُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ [ص/٥٠٦].

نهاية البيان

ومع جهالة المستوفى لا يمكن استيفاء القصاص، فيجب على القاطع أرض المولى؛ لأن الحماية حصلت في ملكه، واليد من الأدمى نصفه، ويضمن النقصان الذي حصل بعد القطع إلى يوم العتق؛ لأنه نقصان حصل عن جنابة مضمونة، وينسقط الفضل بالإعتاق؛ لأنه لما أعتقه فقد أخرجته عن ملكه، فيبطل حكم السراية، كمن قطع يد عبد إنسان، ثم باعه المولى من إنسان آخر، ثم سرى إلى النفس ثم مات؛ فإنه يجب على القاطع أرض المولى، وتبطل السراية، فكذا هنا.

وأورد الفقيه أبو الليث رحمته الله في «شرح لجامع الصغير» سؤالاً وجواباً فقال:

«فإن قيل: إذ اجتمع المولى والوارث، فلم لا يجب القصاص، كما يجب في العبد الموصى برفقته لرجل ويخدمه لا حر قتله رجل، فاجتمع صاحب الرقبة، وصاحب الخدمة؛ فإنه يجب القصاص فيه.

قيل له: هذه لا تشبه ذلك؛ لأن في تلك المسألة لصاحب الرقبة ملكاً، ولصاحب الخدمة حقاً يشبه الملك، فصار بمنزلة عبد بين شريكين، وأما [٤٥٨/٣] هاهنا: وقت الجنابة لم يكن للوارث فيه حق، ووقت الموت لم يكن للمولى فيه حق ثابت، فاشتبه المستحق في ذلك، فلا يقضي القاضي بالمجهول.

فأما الكلام في الفصل الثاني: وهو ما إذا لم يكن للعبد وارث آخر سوى المولى؛ فإنه يقتض عندهما، ولا يقتض عند محمد رحمته الله، والجواب فيه عند محمد كالجواب في المسألة الأولى.

وجه قوله: أن السبب مختلف؛ لأننا إن اعتبرنا حالة القصاص، فالسبب هو الملك، وإن اعتبرنا حالة الموت؛ فالسبب هو الولاء، واختلاف السبب بمنزلة اختلاف المستحق، ولو اختلف المستحق لا يستوفى القصاص، فكذا هنا.

غاية البيان

ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أنا تَبَيَّنَّا بولاية الاستيفاء للمولى ؛ لأننا إن اعتبرنا حالة الحناية فالولي هو المولى ، وإن اعتبرنا حالة الموت فالولي هو المولى أيضاً بحكم الولاء ، فكان المستوفى معصوماً ، واختلاف السبب لا يُفْضِي إلى المنازعة ، فلا يَمُعُّ الاستيفاء [١/٨٠، ١/٨١] ، بخلاف جهالة المستوفى .

وهذا إذا كان القطع عمداً ، فإن كان خطأ فجوابي محمد رحمهما الله ؛ لأن الإعتاق يقطع حكم سرية إذا كان القتل خطأ ؛ لِتَبَدُّلِ الْمُسْتَحِقِّ ؛ لأنَّ عند وجود الحناية المُسْتَحِقُّ هو المولى ، وعند السرية المُسْتَحِقُّ هو العبدُ ، وتَبَدُّلُ الْمُسْتَحِقِّ يَنْقُطُ السَّريَّةُ كما لو باع .

بخلاف ما إذا كان القتل عمداً ؛ لأنَّ ثَمَّةَ الْمُسْتَحِقِّ في الحالتين واحداً ، وهو العبدُ ؛ لأنَّ الْقِصَاصَ إِنَّمَا يَجِبُ من حيثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ [والعبدُ من حيثُ إِنَّهُ آدَمِيٌّ] ^(١) ، مُبَقًى على أصل الحرية ، والمولى إِنَّمَا يَسْتَوْفِي بطريق الخلافة عن العبد ، فإذا لَمْ يَكُنْ له وارثٌ آخرٌ سوى المولى ؛ كَانَ المولى مُعَيَّنًا للاستيفاء بطريق الخلافة .

وعلى هذا مسألة أخرى : ذكرها في «الجامع الصغير» ^(٢) : مُكَاتَبٌ قُتِلَ عَمْدًا ، وَتَرَكَ وَقَاءً يَبْدَلُ ، لِكِتَابِهِ ، فَإِنْ كَانَ له وَرَثَةٌ أُخْرَى سِوَى المولى ، لَا قِصَاصَ على القاتل بالإجماع ، وَيَجِبُ على القاتل قيمة المُكَاتَبِ ؛ لجهالة المُسْتَوْفَى على ما ذكرنا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ له وارثٌ سوى المولى ، وَتَرَكَ وَقَاءً ؛ فَعَلَى قولِ أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ ؛ لأنَّ المُسْتَوْفَى واحدٌ وهو المولى

وعلى قولِ محمد رحمهما الله : لَا يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ لاختلاف السبب ، وإن قُتِلَ عاجزاً يَجِبُ الْقِصَاصُ ، وَيُسْتَوْفَى المولى بالإجماع ، وإن كَانَ له وَرَثَةٌ سِوَى

(١) ما بين المعقوفين زيادة من : «ن» ، «غ» ، «ف» ، «ق» ، «م» ، «و» .

(٢) ينظر . «الجامع الصغير /مع شرحه النافع الكبير» [ص / ٥٠٦] .

وَلَيْمَّا لَمْ يَجِبْ الْقِصَاصُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ لِإِشْتِبَاهِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ عِنْدَ الْمَوْتِ مُسْتِنْدًا إِلَى زَمَنِ الْجُرْحِ، [٥٧٠ ط] وَعَلَى اعْتِبَارِ حَالِهِ الْجُرْحُ يَكُونُ الْحَقُّ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى اعْتِبَارِ الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ فَتَحَقَّقَ الْإِشْتِبَاهُ وَتَعَذَّرَ الْإِسْتِيفَاءُ فَلَا يَجِبُ عَلَى وَجْهِ يُسْتَوْفَى.

وَفِيهِ الْكَلَامُ، وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يُزِيلُ الْإِشْتِبَاهَ، لِأَنَّ الْمُلْكَيْنِ فِي الْحَالَيْنِ.

هية البيان

المولى؛ لأنه لما مات عاجزاً صار فتناً، فكان ولاية الاستيفاء للمولى على كل حال، كذا ذكر فخر الدين قاضي خان وغيره.

وقال الإمام الأنسنجابي في «شرح الطحاوي»: «هذا إذا أعتق العبد بعد لقطع، ولو لم يعتق، ولكن دبره، أو كانت أمة فاستزادها؛ لم تنقطع الشراية، فيجب نصف القيمة، ويجب ما نقص بعد الحماية قبل الموت هذا في الخطأ، وإن كان عمداً فللمولى أن يقتص بالاجماع»^(١).

قوله: (وَلَا اقْتَصَّ مِنْهُ)، أي: إن لم يكن للعبد المعتق ورثة غير المولى؛ اقتص من قاطع يديه بعد موت العبد.

قوله: (فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ)، أي: فيما إذا كان له ورثة غير المولى.

قوله: (وَعَلَى اعْتِبَارِ الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ)، وهي حالة الموت.

قوله: (وَفِيهِ الْكَلَامُ)، أي: كلامنا [٥٥٨، ٣ ط] في تحقق اشتباه من له حق القصاص، يعني: إن تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له الاستيفاء، وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه، فيتعذر الاستيفاء.

قوله: (وَاجْتِمَاعُهُمَا لَا يُزِيلُ الْإِشْتِبَاهَ)، أي: اجتماع المولى والورثة لا يزيل

(١) ينظر «شرح مختصر الطحاوي» للأنسنجابي [ق/٣٦٨].

بِخِلَافِ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ لِرَجُلٍ وَبَرَقِيَّتِهِ لِأَخَرٍ إِذَا قُتِلَ ، لِأَنَّ مَا لِكُلِّ مِنْهُمْ مِنَ الْحَقِّ نَائِبٌ مِنْ وَقْتِ الْجُرْحِ إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ ، فَإِذَا اجْتَمَعَ رَأَى الْأَشْتِبَاهُ وَلَمْحَمَّدٍ فِي الْخِلَافِيَّةِ وَهُوَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ وَرَثَةٌ سِوَى الْمَوْلَى أَوْ سَبَبَ الْوِلَايَةِ قَدْ اخْتَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ الْمَلِكُ عَلَى اعْتِبَارِ إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ وَالْوَرَاةِ بِالْوَلَاءِ عَلَى اعْتِبَارِ الْأُخْرَى ، فَتُرَى مَنَزِلَةَ اخْتِلَافِ الْمُسْتَحَقِّ فِيمَا يُخْتَاطُ بِهِ كَمَا إِذَا قَالَ لِأَخَرٍ بَعْنِي هَذِهِ الْجَارِيَّةَ بِكَدَا فَقَالَ الْمَوْلَى زَوَّجْتُهَا مِنْكَ لَا يَجُزُّ لَهُ وَطُؤُهَا وَلِأَنَّ الْإِعْدَاقَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ ، وَبِإِنْفِطَاعِهَا يَتَقَيَّ الْجُرْحُ بِلا سِرَايَةٍ ، وَالسَّرَايَةُ بِلا قَطْعٍ فَيَمْتَنِعُ الْقِصَاصُ .

﴿ حاشية البيان ﴾

ذَلِكَ الْأَشْتِبَاهُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَوْلَى لِلْقِصَاصِ بِالنَّظَرِ إِلَى [٨ ٢٠٩ ط م] حَالِ الْجُرْحِ ، وَمِلْكَ الْوَرَثَةِ بِالنَّظَرِ إِلَى حَالِ الْمَوْتِ ، وَعِنْدَ الْاجْتِمَاعِ لَا يَخْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمِلْكُ فِي الْحَالَتَيْنِ ، فَلَا يُفِيدُ الْاجْتِمَاعُ ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ : (لِأَنَّ الْمَلِكَيْنِ فِي الْحَالَتَيْنِ) . قَوْلُهُ : (فِي الْخِلَافِيَّةِ) ، أَي : فِي لِمَسْأَلَةِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا ، وَهِيَ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ الْمُتَعَقِّ وَرَثَةٌ سِوَى الْمَوْلَى ^(١) .

قَوْلُهُ : (لِأَنَّهُ الْمَلِكُ) ، أَي : لِأَنَّ سَبَبَ الْوِلَايَةِ الْمَلِكُ .

قَوْلُهُ : (إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ) ، أَرَادَ بِهَا حَالَةَ الْجُرْحِ .

قَوْلُهُ : (عَلَى اعْتِبَارِ الْأُخْرَى) ، أَي : الْحَالَةَ الْأُخْرَى ، وَأَرَادَ بِهَا : حَالَةَ الْمَوْتِ .

قَوْلُهُ : (فِيمَا يُخْتَاطُ فِيهِ) ، أَي : فِي الْأَمْرِ الَّذِي لَا يَثْبُتُ بِالشُّبُهَاتِ يَتَقَيَّ الْقِصَاصُ ، وَاحْتِرَزَ بِهِ عَمَّنْ قَالَ لِأَخَرٍ : نَكَ عَلَىَّ أَنْفٌ مِنْ قَرْضٍ ، فَقَالَ الْمُقَرَّبُ : لَا ، بَلْ مِنْ ثَمَنِ [بَيْعٍ] ^(٢) ، فَإِنَّهُ يُقْضَى بِالْمَالِ وَإِنْ احْتَفَقَ السَّبَبُ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَقَعُ

(١) فِي «الْأَصْلِ» : «الْمَوْلَى» . وَالْمَعْنَى مِنْ : «فَالْمَوْلَى» ، وَ«الْمَوْلَى» ، وَ«الْمَوْلَى» ، وَ«الْمَوْلَى» .

(٢) فِي «الْأَصْلِ» : «بَيْعٍ» . وَالْمَعْنَى مِنْ : «فَالْمَوْلَى» ، وَ«الْمَوْلَى» ، وَ«الْمَوْلَى» ، وَ«الْمَوْلَى» .

وَلَهُمَا أَنَّا تَرَفُّقًا بِثُبُوتِ الْوَلَايَةِ لِلْمَوْلَى هُنَاكَ هَذَا لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ مَعْلُومٌ
وَالْحُكْمُ مُتَّحِدٌ فَوَجِبَ الْقَوْلُ بِالِاسْتِيْفاءِ ، بِخِلَافِ الْفَضْلِ الْأَوَّلِ ، لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ
لَهُ مَجْهُولٌ ، وَلَا يُغْتَبَرُ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هُنَا ، لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ ، بِخِلَافِ
تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ

﴿ نهاية البيان ﴾

وهو البَدَلُ والإِبَاحَةُ ، فَلَا يُبَالَى بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ .

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ مَعْلُومٌ) ، وَهُوَ الْمَوْلَى ، لِأَنَّهُ لَا وَارِثَ لِلْعَتِيدِ عِوَضًا .

قَوْلُهُ: (وَالْحُكْمُ مُتَّحِدٌ) ، وَهُوَ الْقِصَاصُ ، لِأَنَّهُ مُوجِبُ الْعَتْدِ ، فَوَجِبَ يَقُولُ
بِاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ لِلْمَوْلَى لِعَدَمِ الْاِشْتِبَاهِ .

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْفَضْلِ الْأَوَّلِ) ، أَي: بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى ،
حَيْثُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ بِالْقِصَاصِ مَجْهُولٌ ، لِأَنَّ الْمَوْلَى فِي حَالِ
وَالْوَرَثَةِ فِي حَالٍ ، كَمَا مَرَّ بَيَانُهُ .

قَوْلُهُ: (وَلَا يُغْتَبَرُ بِاخْتِلَافِ السَّبَبِ هُنَا) ، أَي: فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ
الْمَوْلَى ، لَا يُغْتَبَرُ بِاخْتِلَافِ سَبَبِ وَلايَةِ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ مِنَ الْمِلْكِ وَالْوَلَايَةِ ؛ لِأَنَّ
الْمَقْصُودَ - وَهُوَ حُكْمُ الْقِصَاصِ - مُتَّحِدٌ غَيْرُ مُخْتَلِفٍ .

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ) .

أَرَادَ بِهَا: الْمَسْأَلَةَ الَّتِي قَاسَ عَلَيْهَا مُحَمَّدٌ ﷺ ، وَهِيَ مَا إِذَا قَالَ لِأَحَرٍّ: بِعْتَنِي
هَذِهِ الْحَارِيَّةَ بِكَذَا ، وَقَالَ الْمَوْلَى: زَوَّجْتُهَا مِنْكَ ، لَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا .

فَاجَابَ وَقَالَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّ الْفَرْعَ مِثْلَ الْأَصْلِ ؛ لِأَنَّ فِي أَصْلِ الْحُكْمِ مُخْتَلَفٌ
كَالسَّبَبِ ، وَفِي الْفَرْعِ الْحُكْمُ مُتَّحِدٌ وَالسَّبَبُ مُخْتَلَفٌ ، فَلَمْ يَكُونَا نَظِيرَيْنِ ، فَقَسَدَ
الْقِيَاسُ .

لأنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ يُغَايِرُ مِلْكَ النِّكَاحِ حُكْمًا، وَالْإِعْتَاقُ لَا يَقْطَعُ السَّرَايَةَ لِذَاتِهِ بَلْ لِاسْتِبْأِهِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، وَذَلِكَ فِي الْخَطَا دُونَ الْعَمْدِ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَصْلُحُ مَالِكًا لِلْمَلِكِ، فَعَلَى اعْتِنَارِ خَالِهِ الْجَرْحِ يَكُونُ الْحَقُّ لِلْمَوْلَى، وَعَلَى اعْتِنَارِ حَالِ الْمَوْتِ يَكُونُ لِلْمَيِّتِ لِحُرِّيَّتِهِ فَيُقْضَى مِنْهُ دُيُونُهُ وَيَتَّقَدُّ وَصَايَاهُ فَجَاءَ الْإِسْتِبْأُ.

نهاية البيان

بيانه: أَنَّ الْحُكْمَ وَهُوَ جِلُّ الْوَطْءِ صَرُورِيٌّ، لَا مَقْصُودٌ، ثَبَتَ تَبَعًا بِمِلْكِ الْيَمِينِ فِي صُورَةِ الْبَيْعِ، وَفِي النِّكَاحِ حُكْمُ الْجِلِّ ثَبَتَ مَقْصُودًا بِالنِّكَاحِ، حَتَّى لَمْ يُشْرَعْ النِّكَاحُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَتَصَوَّرُ الْجِلُّ، وَفِي مِلْكِ الْيَمِينِ يُشْرَعُ الْمِلْكُ فِي مَوْضِعٍ لَا يَتَصَوَّرُ الْجِلُّ، كَالْمَجُوسِيَّةِ وَالْعَبِيدِ وَالتَّبَهَاتِمِ، فَلَمَّا اخْتَلَفَ الْحُكْمُ كَمَا اخْتَلَفَ السَّبَبُ؛ لَمْ يَجِلَّ الْوَطْءُ.

قوله: (وَالْإِعْتَاقُ لَا يَقْطَعُ السَّرَايَةَ لِذَاتِهِ).

جوابُ عَنْ قَوْلِ مُحَمَّدٍ عليه السلام: إِنَّ الْإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلْسَّرَايَةِ. يَغْيِي: لَمَّا جُعِلَ الْإِعْتَاقُ قَاصِدًا لِلْسَّرَايَةِ؛ كَانَ الْإِعْتَاقُ كَالْبُرْءِ، فَيَنْقُي الْجَرْحَ بِمَا سَرَايَةً، وَاسَّرَايَةً بِمَا جَرَّحَ، فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْقَاطِعِ؛ كَمَا إِذَا كَانَ الْقَطْعُ خَطَاً، فَأَحَابَ عَنْهُ وَقَالَ: سَمِعْنَا [٨/٢١٠م] أَنَّ الْإِعْتَاقَ قَاطِعٌ لِلْسَّرَايَةِ، لَكِنْ لَا نُسَلِّمُ أَنَّ كَوْنَهُ قَاطِعًا لَهَا [٣/٥٩٩] لِذَاتِهِ، بَلْ لِاسْتِبْأِهِ مَنْ لَهُ الْحَقُّ، كَمَا فِي الْقَطْعِ خَطَاً؛ لِأَنَّهُ يَشْتَبَاهُ مَنْ لَهُ الْحَقُّ إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّ مَنْ لَهُ الْحَقُّ هُوَ الْمَوْلَى وَقَدْ جَرَّحَ، وَالْمَيِّتُ وَقَدْ مَاتَ الْمَوْتِ لِحُرِّيَّتِهِ، وَلِهَذَا تُتَّقَدُّ وَصَايَاهُ، وَيُقْضَى مِنَ الدِّيَةِ دُيُونُهُ، فَجُعِلَ الْإِعْتَاقُ قَاطِعًا لِلْسَّرَايَةِ لِلاِسْتِبْأِ.

وفي الْعَمْدِ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا اسْتِبْأَ ثَمَّةً؛ لِأَنَّ مُوجِبَهُ الْقِصَاصُ وَالْعَبْدُ مُبَقًى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ، وَلِهَذَا لَمْ يَكُنْ لِمَوْلَاهُ أَنْ يَشْهَكَ دَمَهُ بِمَا حَقَّ، فَوَحَبَ الْقِصَاصُ لِلْعَبْدِ أَوَّلًا، ثُمَّ يَتَوَلَّاهُ مَوْلَاهُ حَلَاةً عَنْهُ، فَارْتَفَعَ الْإِسْتِبْأُ، فَلَمْ يَكُنْ

أَمَّا الْعَبْدُ فَمَوْحِيهِ الْقِصَاصُ وَالْعَبْدُ مُنْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ بِهِ، وَعَلَى
اغْتِنَارِ أَنْ يَكُونَ الْحَقُّ لَهُ فَلَمَوْلَى هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّاهُ إِذَا لَا وَارِثَ لَهُ سِوَاهُ فَلَا اسْتِثْنَاءَ
يَمْنَنَ لَهُ الْحَقُّ، وَإِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الْفَضْلَيْنِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَجِبُ
أَرْشُ لَيْدٍ، وَمَا نَقَصَهُ مِنْ وَقْتِ الْجُرْحِ إِلَى وَقْتِ الْإِعْتِقَاقِ كَمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّهُ حَصَلَ
عَلَى مَدِّهِ وَيَبْطُلُ [١/٢٧١] الْفَضْلُ، وَعِنْدَهُمَا الْجَوَابُ فِي الْفَضْلِ الْأَوَّلِ
كَالْجَوَابِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الثَّانِي.

قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِعَبْدَيْهِ: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ شُجِّيًا فَأَوْقَعَ الْعِتْقَ عَلَى أَحَدِهِمَا،
فَأَرْشُهُمَا لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ غَيْرُ نَزَلٍ فِي الْمُعَيَّنِ وَالشَّجَّةُ تُصَادِفُ الْمُعَيَّنَ قَبْقِيًا

حاشية البيان

الْإِعْتِقَاقُ قَاطِعًا لِلْسَّرَايَةِ، فَاذْفَعْ قَوْلَ مُحَمَّدٍ ﷺ: أَنَّ السَّرَايَةَ بَقِيَتْ بِلَا جَرْحٍ.

قَوْلُهُ. (وَإِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ فِي الْفَضْلَيْنِ)، أَي: فِيمَا إِذَا كَانَ لَهُ
وَرِثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَرِثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى، وَكَذَا إِذَا امْتَنَعَ الْقِصَاصُ عِنْدَهُمْ
جَمِيعًا، فِيمَا إِذَا كَانَ لَهُ وَرِثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى، وَهُوَ الْفَضْلُ الْأَوَّلُ، يَجِبُ أَرْشُ لَيْدٍ،
وَمَا نَقَصَ الْعَبْدُ إِلَى وَقْتِ الْعِتْقِ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُ ذَلِكَ.

قَالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَالْمُدَبَّرُ، وَالْمُدَبَّرَةُ، وَأُمُّ الْوَلَدِ، وَابْنُ أُمِّ
الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْعَبِيدِ فِي الْقِصَاصِ، فَهُوَ لِلْمَوْلَى أَوْ لِلْمَوَالِي إِنْ كَانُوا جَمَاعَةً، وَذَلِكَ
لَأَنَّهُمْ عَلَى مِلْكِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُؤَاجِرُهُمْ بِحَقِّ لِمْلِكٍ، وَيَطَأُ لِمُدَبَّرَةٍ وَأُمِّ الْوَلَدِ بِحَقِّ
الْمَلِكِ، فَصَارُوا كَالْعَبِيدِ الْقِنِّ»^(١).

قَوْلُهُ. (قَالَ. وَمَنْ قَالَ لِعَبْدَيْهِ^(٢): أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ شُجِّيًا فَأَوْقَعَ الْعِتْقَ عَلَى
أَحَدِهِمَا، فَأَرْشُهُمَا لِلْمَوْلَى)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) يَطْرُقُ «مَخْتَصَرُ الْكَرْخِيِّ» بِفُلُورِي [ق/٣٣٩/١٠١٠].

(٢) فِي «الْأَصْلِ» «الْعَبِيدُ» وَاسْمُهُمْ مِنَ «الْقَانِ»، وَ«الْقَانِ» وَ«الْقَانِ» وَ«الْقَانِ» وَ«الْقَانِ».

مَمْلُوكَيْنِ فِي حَقِّ الشَّجَّةِ (وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلٌ تَجِبُ دِيَّةٌ حُرٌّ وَقِيَمَةٌ عَبْدٌ).

غاية العبد

وصورتها فيه: «مَحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ ^(١) : فِي رَجُلٍ قَاتِلِ لِعَتَقٍ أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثُمَّ شَجَّ رَجُلٌ الْعَبْدَيْنِ شَجَّةً [شَجَّةً] ^(٢) فَبَرِئَا مِنْ ذَلِكَ، [ثُمَّ] ^(٣)، قَرَأَ لَهُ: أَرْبَعِ الْعِتَقَ عَلَى أَحَدِهِمَا، فَأَوْقَعَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا، قَالَ: أَرَشْتُ الشَّجَتَيْنِ لِلْمَوْلَى ^(٤). إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ». وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعِتَقَ الْمُتَمِّمَ لَيْسَ بِنَازِلٍ فِي الْمُعَيَّنِّ؛ لِأَنَّهُ أُصِيفَ إِلَى أَحَدِهِمَا غَيْرُ عَيْنٍ، وَحِينَ وَقَعَتِ الشَّجَّةُ بَيْنَا مَمْلُوكَيْنِ كَمَا كَانَا، فَلِهَذَا وَجِبَ أَرَشُهُمَا لِلْمَوْلَى لَا لَوَرَثَتِهِمَا.

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَهَذَا يُخَالِفُ مَا إِذَا قَتَلَهُمَا رَجُلٌ وَاحِدٌ؛ فَإِنَّهُ يَغْرُمُ قِيَمَةَ عَبْدٍ وَدِيَّةَ حُرٍّ، يَعْنِي: إِذَا قَتَلَهُمَا مَعًا ^(٥)، وَلَمْ يَعْمَلْ كَذَلِكَ فِي ضَمَانِ الشَّجَتَيْنِ وَالْجَانِي وَاحِدًا أَيْضًا.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ قَتْلِهِمَا وَشَجَّتِهِمَا، أَنَّ الْبَيَانَ إِنْشَاءً مِنْ وَجْهِ، وَإِطْهَارٌ مِنْ وَجْهِ، عَلَى مَا عُرِفَ فِي أَصُولِ الْفَقْهِ، وَهُوَ أَنَّ أَحَدَهُمَا إِذَا مَاتَ تَعَيَّنَ الْبَاقِي لِعِتَقٍ، وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُ: أَرَدْتُ الْمَيِّتَ بِالْعِتَقِ؛ لِأَنَّ الْإِنْشَاءَ فِي الْمَيِّتِ لَا يَصِحُّ، وَلَوْ لَمْ يَمُتِ الْعَبْدَانِ [٢١٠/٨ ط ٢١]؛ يُجَبَّرُ الْمَوْلَى عَلَى الْبَيَانِ عَلَى مَعْنَى أَنَّ الْبَدَنَ إِطْهَارٌ، وَتَعْيِينٌ لِلرَّوْفِ، وَلَوْ كَانَ إِنْشَاءً مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَمْ يُجَبَّرْ؛ لِأَنَّهُ لَا جَبَرَ فِي الْإِنْشَاءِ.

ثُمَّ نَقُولُ: إِنَّ الْعَبْدَيْنِ حِينَئِذٍ بَعْدَ الشَّجَّةِ يَصْلُحَانِ لِإِنْشَاءِ الْعِتَقِ فِي حَقِّهِمَا، فَجُعِلَ الْبَيَانُ إِنْشَاءً. أَيْ: إِيقَاعًا لِعِتَقٍ ابْتِدَاءً، فَكَانَ الْعَبْدَانِ مَمْلُوكَيْنِ حِينَ وَقَعَ الشَّجَّةُ قَبْلَ إِيقَاعِ الْعِتَقِ، فَكَانَ [أَرَشُهُمَا لِمَوْلَاهُمَا] ^(٦) [٢١٠/٣ ط ٢١] وَبَعْدَ قَتْلِهِمَا، أَوْ

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ زُيْدَةٌ مِنْ «ن»، وَ«ع»، وَ«و»، وَ«م»، وَ«ر».

(٢) يَنْظُرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ السَّالِفِ لِكَبِيرِهِ [ص ٥٠٧].

(٣) فِي «الْأَصْلِ»، «وَشَجَّتَهُمَا مَعًا»، وَالْمَيِّتُ مِنْ «٢١٠»، وَ«م»، وَ«ن»، وَ«ع»، وَ«ر».

(٤) فِي «الْأَصْلِ»: «أَرَشَاهَا لِمَوْلَاهَا»، وَالْمَيِّتُ مِنْ «٢١٠»، وَ«م»، وَ«ن»، وَ«ع»، وَ«ر».

وَالْفَرْقُ أَنَّ الْبَيَانَ إِنْشَاءً مِنْ وَجْهِ وَإِطْهَارٌ مِنْ وَجْهِ عَلَى مَا عُرِفَ ، وَتَعْدُ
الشَّجَّةُ بَقِيَّ مَحَلًّا لِلْبَيَانِ فَأَعْتَبِرَ إِنْشَاءً فِي حَقِّهِمَا ، وَبَعْدَ الْمَوْتِ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا

﴿حيازة المملوك﴾

مَوْنِهِمَا ؛ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلإِنْشَاءِ ، فَحُجِّلَ الْبَيَانُ إِظْهَارًا وَتُعْيِينًا لِلْوَاقِعِ ، وَكَانَ أَحَدُهُمَا
حُرًّا بَاقِيًا ، وَإِنْ كَانَتِ الْحُرِّيَّةُ غَيْرَ بَازِلَةٍ فِي أَحَدِهِمَا مَعِيْنًا ، فَكَانَ قَاتِلُهُمَا دَلًّا لِلْحُرِّ
مِنْهُمَا ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ عَبْدٍ وَدِيَّةُ حُرٍّ ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ يُلَاقِي مَحَلَّ الْعِتْقِ .

فَأَمَّا الطَّرْفُ : فَلَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلْعِتْقِ ، فَلِئِمَّا يَثْبُتُ حُكْمُ الْعِتْقِ فِي الطَّرْفِ نَبْعًا
لِلْعَيْنِ ، فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَ ثُبُوتِهِ فِي الْعَيْنِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُتِلَ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنَ الْعَبْدَيْنِ رَجُلٌ مَعًا ، حَيْثُ يَجِبُ قِيَمَةُ الْمَمْلُوكَيْنِ لِعَدَمِ التَّيَقُّنِ بِقَتْلِ الْحُرِّ ؛ لِأَنَّهُ
يُنْكَرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ قَتَلَ الْحُرَّ .

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي كِتَابِ الْعِتَاقِ مِنْ «مَخْتَصَرِهِ» : «وَإِذَا قَالَ
الرَّجُلُ لِأَمَتِيهِ : إِحْدَاكُمَا حُرَّةٌ ، وَلَا يَنْوِي وَاحِدَةً بَعِيْنَهَا ، فَقَتَلَهُمَا رَجُلٌ جَمِيعًا مَعًا ،
فَعَلَى الْقَاتِلِ نَصْفُ قِيَمَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لِلْمَوْلَى ، وَعَلَيْهِ نَصْفُ دِيَّةِ هَذِهِ ، وَنَصْفُ
دِيَّةِ هَذِهِ لَوَرِثَتِيهِمَا ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهُ قَدْ قَتَلَ حُرَّةً وَأَمَةً ، وَأَنَّ عَلَيْهِ دِيَّةً وَقِيَمَةً .

وَلَوْ قَتَلَهُمَا رَجُلَانِ جَمِيعًا مَعًا ؛ كَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قِيَمَةُ الْأَمَةِ الَّتِي
قُتِلَ ، فَيَكُونُ نَصْفُ قِيَمَتَيْهِمَا لِلْمَوْلَى ، وَمَا بَقِيَ مِنْ قِيَمَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لَوَرِثَتِيهِمَا ،
فَإِنْ قَتَلَهُمَا رَجُلَانِ ، أَوْ رَجُلٌ وَاحِدٌ ، إِحْدَاهُمَا قَبْلَ صَاحِبَتِيهَا ؛ ففِي الْأُولَى : الْقِيَمَةُ
لِلْمَوْلَى ، وَفِي الثَّانِيَةِ : الدِّيَّةُ لِلْوَرِثَةِ ، وَهَذَا كُلُّهُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَأَبِي يُوسُفَ
وَمُحَمَّدٍ رحمته الله أَيْضًا ، وَفِي رَوَايَةِ مُحَمَّدٍ فِي «إِمْلَانِهِ» . . .^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته الله .

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْقُدُّورِيُّ رحمته الله : «الْأَصْلُ فِي ذَلِكَ : أَنَّ الْقَاتِلَ لَا
يَخْلُو : إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَاحِدًا أَوْ اثْنَيْنِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى فَصْلَيْنِ : إِمَّا أَنْ يَكُونَ

(١) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» لبقدوري [ق/١٨٧/ داماد] .

للسببان فاعترناه ^(١) وظهاراً مخصصاً ، وأخذهما حرّاً بيمين فتجبت قيمة عند ودية حرّاً ،
بمخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجلاً حيث قيمة المملوكين ، لأننا لم نبيح

نهاية لبيان

قتلهما معاً ، أو إحداهما بعد الأخرى ، فإن كان القاتل واحداً ، وقتلهما معاً ، فقد
غنم أنه قتل حرّاً وأمةً ، والواحد يقتل الحرّة الدية ، ويقتل الأمة : القيمة ،
فالقيمة للمولى ، والدية للورثة ، وكل واحد منهما تحب ديتها في حال ، وفيبتها
في حال ، فيقسم ذلك على أصلي باعتر الأحوال .

وأما إذا قتل إحداهما قبل صاحبتها ؛ فقد تعيبت الحرّة في الثانية بقتل
الأولى ، فكأن على القاتل قيمة الأولى للمولى ، ودية الثانية للورثة ، وأما إذا قتل
كل واحد منهما رجلاً ، وكان القتل معاً ، فعلى كل واحد من القاتلين القيمة ، نصفها
سورته ، ونصفها للمولى ؛ لأننا لا نعلم من يجب عليه الدية [٢١١/٨] منهما ، فنقط
يجابها لجهالة المستحق عليه ، فقيمت القيمة بمتيقنة ، وليس كذلك إذا كان القاتل
واحداً ؛ لأن المستحق عليه معلوم ، وإنما جهل المستحق ، وفي مسألتنا المستحق
عليه مجهول ، فلم يثبت عليه الاستحقاق بالشك .

وإنما انقسمت القيمتان ؛ لأن المولى مستحق ليدل الأخرى ، وكل واحد
منهما يستحق في حال ، ولا يستحق في حال .

وأما إذا كان القتل متفرقاً ، يترجم القاتل الأول قيمة [٢١١/٣] المقتول للمولى ،
وقد تعيبت الحرّة في الثانية ؛ فعلى قاتليها ^(٢) الدية لورثتها . كذا ذكر القُدوري ^(٣)
في «شرح» .

وقال الحَاكِمُ الشَّهِيدُ ^(٤) في «الكافي» : « وإن لم يحنّ عليهما أحد ، ولكن
المولى مات قبل الاختيار ، عتق نصف كل واحد منهما ، وسعت في نصف

(١) في «الأصل» ، و«در» ، «عاقبتها» ، «المثبت من «٢١٢» ، «م» ، «ن» ، «ع» .

يَقْتُلُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُرًّا وَكُلُّ مِنْهُمَا يُنْكَرُ ذَلِكَ، وَلَآنَ الْقِيَاسُ بِأَنَّى ثُبُوتِ الْعِتْقِ فِي الْمَجْهُولِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ فَائِدَةً، وَإِنَّمَا صَحْحَتُهُ ضَرُورَةُ صِحَّةِ التَّصَرُّفِ وَأُثِّبَتْ لَهُ وَلَايَةُ النَّقْلِ مِنَ الْمَجْهُولِ إِلَى الْمَعْلُومِ فَيَنْقَدِرُ بِقَدْرِ الضَّرُورَةِ وَهِيَ فِي النَّفْسِ دُونَ الْأَطْرَافِ فَبَقِيَ مَمْلُوكًا فِي حَقِّهَا.

عليه البيان

قيمتها^(١)، وذلك لأنه لما فات البيان بموت المولى؛ شاع العتق الواحد فيهما جميعاً؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فلما عتق نصف كل واحد منهما؛ وجب إخراج النصف الباقي إلى الحرية بالسعاية، فإن اختار المولى يقده عند الموت على أحدهما؛ عتقت. يعني: عتق كلها من جميع المال؛ لأن البيان مستحق عليه، فيصح من جميع المال.

قوله: (وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ بِأَنَّى ثُبُوتِ الْعِتْقِ فِي الْمَجْهُولِ)، عطف على قوله: (أَنَّ التَّيَانَ إِنْشَاءً مِنْ وَجْهِ)، يريد المرق ثانياً بين الشجة والقتل.

يعني: أن القياس يأتي وقوع العتق أصلاً في المنكر؛ لعدم فائدة العتق فيه، وهي أهلية الولاية من القضاء والشهادت، ولكن صحح العتق نارلاً في أحدهما غير عين ضرورة صحة تصرف المعتق، لئلا يلغوا كلامه الذي به امتاز عن سائر لحيوانات، وأثبت له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم بطريق البيان تعييناً للواقع، بأن يظهر ذلك العتق المبهم في أحدهما في واحد منهما بعينه.

فلما كان ثبوت العتق في المنكر ثابتاً بالضرورة؛ تقدّر بقدر الضرورة على ما هو الأصل في الثابت بالضرورة، ثم لضرورة تتحقق في حق النفس، لا في حق الطرف؛ لأن محل العتق هو النفس لا الطرف، وإنما يثبت العتق في الطرف تبعاً للنفس لا مقصوداً، فبقي العبد مملوك في حق الطرف الذي وقع عليه الشجة

(١) ينظر: «الكافي» لحاكم الشهيد [ق/٨٩].

قَالَ: وَمَنْ فَقَا عَيْنِي عَبْدٌ، فَإِنْ شَاءَ الْمَوْلَى دَفَعَ عَبْدَهُ، وَأَخَذَ قِيَمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ النُّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الْعَبْدَ وَأَخَذَ مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ الْعَبْدَ وَأَخَذَ قِيَمَتَهُ.

❦ حاشية لبيان ❦

على أصل القياس، فكان أرشهما للمولى، فافهم.

قوله: (قَالَ. وَمَنْ فَقَا عَيْنِي عَبْدٌ، فَإِنْ شَاءَ الْمَوْلَى دَفَعَ عَبْدَهُ، وَأَخَذَ قِيَمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ النُّقْصَانِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ❦)، وَقَالَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الْعَبْدَ وَأَخَذَ [م/٢١١/٨] مَا نَقَصَهُ، وَإِنْ شَاءَ دَفَعَ الْعَبْدَ وَأَخَذَ قِيَمَتَهُ، أي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وصورتها فيه: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ ❦». فِي عَبْدٍ لِرَحْلٍ فَقَا^(١) رَجُلٌ عَيْنِي، فَإِنْ شَاءَ الْمَوْلَى أَخَذَ مِنَ الْفَاقِي قِيَمَةَ الْعَبْدِ فَأَعْطَاهُ الْعَبْدَ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ❦: إِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيَمَتَهُ، وَأَعْطَاهُ رَقَبَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَضَمَّنَهُ مَا نَقَصَهُ^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ». يُقَالُ: فَقَا عَيْنِي؛ إِذَا قَنَعَهَا وَاسْتَخَرَجَهَا.

وَقَالَ فِي «مَخْتَصِرِ الْأَسْرَارِ»: «إِذَا قَطَعَ الْغَضَبُ يَدَيِ الْعَبْدِ، أَوْ رِحْلَتِيهِ، أَوْ قَلَعَ عَيْنِيهِ، فَالْمَالُ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ ضَمَّنَهُ جَمِيعَ الْقِيَمَةِ [٢/٤٦٠] وَسَلَّمِ الْعَبْدَ إِلَيْهِ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُ، وَقَالَا: إِنْ أَمْسَكَ الْعَبْدَ أَخَذَ النُّقْصَانَ. وَقَالَ الْمُخَالَفُ - بَعْنِي: الشَّافِعِيُّ ❦ -: يَأْخُذُ الْعَبْدَ وَقِيَمَتَهُ».

وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تُسَمَّى: مَسْأَلَةُ الْجُثَّةِ الْعَمِيَاءِ^(٣).

(١) فِي «الْأَصْلِ» «مَقَا». وَالْمَشْتُ مِنْ: «م»، «ن»، «و»، «ه»، «و».

(٢) يُنْظَرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ النَّامِعِ لِكَبِيرِ [ص ٥٠٩]

(٣) يُنْظَرُ «مَخْتَصِرُ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ» [٥/١٩٨، ٢٠٣، ٢٠٤]، «الْمَبْسُوطُ» [٢٧/٩٦، ٩٧]، «تَحْقِيقُ

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُضَمُّهُ كُلُّ الْقِيَمَةِ وَيُمْسِكُ الْحُثَّةَ لِأَنَّهُ يَحْعُلُ الضَّمَانَ مُقَابِلًا بِالْفَائِتِ فَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى مِلْكِهِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْهِ أَوْ فَقًا إِحْدَى

غاية البيان

وَجْهٌ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ عليه السلام: أَنَّ الضَّمَانَ مُقَابِلٌ بِالْفَائِتِ، فَبَقِيَ الْبَاقِي عَلَى مِلْكِهِ، كَمَا لَوْ وَرَدَتْ الْجَنَائَةُ عَلَى حُرٍّ، وَكَمَا لَوْ قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْهِ، أَوْ فَقًا إِحْدَى عَيْنَيْهِ، حَيْثُ يُضَمَّنُ نَصْفُ الْقِيَمَةِ، وَيَبْقَى الْبَاقِي عَلَى مِلْكِهِ، وَكَمَا لَوْ فَقًا عَيْنِي مُدَبِّرٍ، فَإِنَّهُ يُضَمَّنُ نَقْصَانَ الْقِيَمَةِ، وَيَبْقَى الْمُدَبِّرُ عَلَى مِلْكِهِ.

ولنا: أَنَّ الْوَاجِبَ ضَمَانَ الْجَنَائَةِ كَمَا فِي النَّفْسِ، وَلَكِنْ الْمَوْلَى يَسْتَحِقُّ بِسَبَبِ مِلْكِهِ وَمَالِيَّتِهِ، ثُمَّ مَالِيَّتُهُ كَمَا تُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الذَّاتِ تُعْتَبَرُ فِي حَقِّ الْأَطْرَافِ أَيْضًا؛ لِسُقُوطِ اعْتِمَادِ الْمَالِيَّةِ فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عَلَيْهِ. أَعْنِي: أَنَّهُ لَا يُقَالُ: إِنَّ اعْتِمَادَ الْمَالِيَّةِ مَقْصُورٌ عَلَى الذَّاتِ فَحَسَبُ، بَلِ الْمَالِيَّةُ فِي الذَّاتِ وَالْأَطْرَافِ جَمِيعًا.

فَإِذَا كَانَ اسْتِحْقَاقُ ضَمَانِ الْجَنَائَةِ بِالْمَالِيَّةِ، وَحَبَّ فِي تَقْوِيَةِ الْيَدَيْنِ، أَوْ الْعَيْنَيْنِ تَقْوِيَتِ حَنْسِ الْمَنْفَعَةِ تَمَامَ قِيَمَةِ الْمَالِيَّةِ، فَإِذَا أَخَذَهَا الْمَوْلَى؛ كَانَ مِنْ شَرْطِ ذَلِكَ تَسْلِيمُ الْجُثَّةِ إِلَى الْحَانِي؛ لِثَلَا يُلْزَمَ اجْتِمَاعُ الْبَدَلِ وَالْمُبَدَّلِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَحِيدٍ؛ لِأَنَّهُ لَا نَظِيرَ لَهُ فِي الشَّرْعِ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا فَقًا عَيْنِي حُرٍّ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانُ الْجَنَائَةِ، وَلَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، فَلَا يَجْتَمِعُ الْبَدَلُ وَالْمُبَدَّلُ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا قَلَعَ إِحْدَى عَيْنَيْ الْعَبْدِ أَوْ قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَائِتَ هُوَ النِّصْفُ، وَالْبَاقِي هُوَ النِّصْفُ، وَلَمْ يُوجَدْ تَقْوِيَتُ جَنْسِ الْمَنْفَعَةِ، فَلَمْ يَجْتَمِعِ الْبَدَلُ وَالْمُبَدَّلُ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْمُدَبِّرِ: أَنَّ الشَّرْطَ الَّذِي قُلْنَا مِنْ تَسْلِيمِ الْجُثَّةِ تَعَدَّرَ؛ لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ

عَيْنَيْهِ. وَنَحْنُ نَقُولُ: إِنَّ أُمَالِيَّةً قَائِمَةً فِي الذَّاتِ وَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي حَقِّ الْأَطْرَافِ لِسُقُوطِ اعْتِبَارِهَا فِي حَقِّ الذَّاتِ قَصْرًا عَلَيْهِ.

عبد البهاء

لَا يَقْبَلُ النَّقْلَ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ.

وَقَالَ فِي «مَخْتَصِرِ الْأَسْرَارِ»: «وَلَا يَلْزَمُ إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مُدَبَّرًا، حَيْثُ [١٠٢١٢]، يَأْخُذُ جَمِيعَ قِيَمَتِهِ مَعَ بَقَائِهِ عَلَى مِلْكِهِ، لِأَنَّ مُحَمَّدًا ﷺ ذَكَرَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ هُنَاكَ قِيَمَةُ الْيَدَيْنِ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُ ضَمَانُ النُّقْصَانِ».

وَاحْتِجَّ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ﷺ: بِأَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ، وَالْمُعْتَرُّ فِي صِفَةِ ضَمَانِهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَصَاحِبُ الْمَالِ^(١) فِي النُّقْصَانِ الْفَاحِشِ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ سَلَّمَ الْعَيْنَ، وَأَخَذَ قِيَمَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهُ وَضَمِنَ النُّقْصَانَ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَهَذَا لِأَنَّ الضَّمَانَ مُقَابِلُ الْعَيْنَيْنِ، لَكِنِ الرَّقْبَةُ بِذَلِكَ صَارَتْ هَالِكَةً مِنْ وَجْهِ، وَهِيَ قَائِمَةٌ مِنْ وَجْهِ.

فَإِنْ قَالَ إِلَى الْهَلَاكِ ضَمْنُهُ الْقِيَمَةُ، وَسَلَّمَ الْعَيْنَ إِلَيْهِ، لِأَنَّهُ أَخَذَ عَوَضَ الرَّقْبَةِ لَمَّا صَارَ لِلرَّقْبَةِ حُكْمُ الْهَلَاكِ، وَنُ شَاءَ قَالَ إِلَى الْإِقِيمِ، فَأَمْسَكَهُ وَضَمِنَ النُّقْصَانَ، وَهُوَ يَدُلُّ الْعَيْنَيْنِ فِي الْمَمَالِكِ.

وَلِهَذَا قَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: إِنَّ الْجُثَّةَ الْعَمِيَاءَ تَأْخُذُ قِسْطًا مِنَ الْمَأْخُوذِ بِالْعَيْنَيْنِ. يَعْنِي: أَوْ أَرْضَ الْعَيْنَيْنِ، وَهِيَ الْقِيَمَةُ الْكَامِلَةُ بَدَلٌ مِنَ الْعَيْنَيْنِ وَالْجُثَّةِ جَمِيعًا، حَتَّى إِنَّهُ إِذَا اسْتَوْفَى كَمَالَ الْقِيَمَةِ، لَمْ تُسَلَّمِ الْجُثَّةُ [١٤٦١٣] لَهُ، فَلَمَّا كَانَ بَدَلًا عَنْهُمَا جَمِيعًا، كَانَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْكُلَّ، وَأَزَالَ الْمِلْكَ مِنَ الْأَصْلِ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَبْقَى الْمِلْكَ فِي الْأَصْلِ، وَضَمِنَ النُّقْصَانَ، كَمَا إِذَا خَرَقَ ثَوْبَ الْعَبْرِ خَرْقًا فَاحِشًا.

وَلَأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أَنَّ الْوَاجِبَ ضَمَانُ الْمَالِيَّةِ مَعَ عَتَبَائِهَا مَعْنَى الْأَدَمِيَّةِ، لِأَنَّ الْعَبْدَ وَنَ كَانَ مَالًا لَيْسَ مَعْنَى الْأَدَمِيَّةِ فِي ذَاتِهِ، وَفِي أَطْرَافِهِ بِمُتَهَدِّدٍ، وَلِهَذَا لَوْ قَطَعَ

(١) فِي «الْأَصْلِ»، «الْمَالِيَّةُ». وَلَمْ يَثْبُتْ مِنْ «الْمَالِيَّةِ»، «وَالْمَالِ»، «وَالْعَيْنِ»، «وَالْأَرْضِ».

وَإِذَا كَانَتْ مُعْتَبَرَةً وَقَدْ وَجِدَ إِتْلَافُ النَّفْسِ مِنْ وَجْهِ بَتْفُوتِ جِنْسِ الْمُنْفَعَةِ
وَالضَّمَانُ يَتَقَدَّرُ بِقِيَمَةِ الْكُلِّ

عناية بعبء

عَنْدَ بَدَ عَبْدٍ آخَرَ يُؤْمَرُ مَوْلَى الْجَانِي بِالدَّفْعِ أَوْ الْفِدَاءِ، وَالدَّفْعُ مِنْ أَحْكَامِ الْأَدْمِيَّةِ،
وَلَوْ كَانَ مَعْنَى الْأَدْمِيَّةِ فِي الطَّرَفِ مُهْدَرًا؛ لَمْ يُؤْمَرْ بِالدَّفْعِ، بَلْ وَجَبَ بَيْعُ رَقَبَةِ
الْجَانِي فِي الْجَبَايَةِ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ جَسَدِ الْعَبْدِ فِي الْمَالِ ذَلِكَ.

فَإِذَا كَانَ فِي الْعَبْدِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَمَعْنَى الْأَدْمِيَّةِ اعْتُبِرَ الْمَعْنِيَانِ جَمِيعًا،
وَالضَّمَانُ بِاعْتِبَارِ مَعْنَى الْأَدْمِيَّةِ، لَا يَتَوَزَّعُ عَلَى الْفَائِتِ، وَعَلَى الْبَاقِي، بَلْ يَكُونُ
مُقَابِلًا بِالْفَائِتِ لَا غَيْرَ، كَمَا فِي عَيْنِي الْحُرِّ، وَيَقْتَضِي ذَلِكَ إِمْسَاكُ الْجُثَّةِ مَعَ أَحَدٍ
كُلِّ الْقِيَمَةِ كَمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله.

وَالضَّمَانُ بِمَعْنَى الْمَالِيَّةِ يَتَوَزَّعُ عَلَى الْفَائِتِ، وَعَلَى الدَّقِي، وَيَقْتَضِي ذَلِكَ
إِمْسَاكُ الْجُثَّةِ مَعَ أَحَدِ النُّقْصَانِ، وَهُوَ الَّذِي وَجِبَ بِمُقَابَلَةِ قُوَّةِ الْأَجْزَاءِ كَمَا قَالَا،
فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّهْتَيْنِ مِنَ الْمَالِيَّةِ وَالْأَدْمِيَّةِ حَظَّهُمَا.

فَقُلْنَا: إِذَا أَحَدٌ قِيَمَةَ الْعَيْسَيْنِ دَفَعَ الْجُثَّةَ إِلَى الْجَانِي رِعَايَةً لِمَعْنَى الْمَالِيَّةِ؛ لِثَلَا
يَحْتَمِعُ الْبَدَلُ وَالْمُبْدَلُ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ كِمَالَ الْقِيَمَةِ وَلَيْسَ لَهُ إِذَا أَمْسَكَ
[٢١٥٢١٢/٨] الْجُثَّةُ أَنْ يَأْخُذَ كِمَالَ الْقِيَمَةِ لِهَذَا الْمَعْنَى، وَأَنْ يَأْخُذَ النُّقْصَانُ أَيْضًا وَهُوَ
مِنْ دُونَ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ لِلْعَيْنَيْنِ أَرْضًا مُقَدَّرًا، وَهُوَ كِمَالَ الْقِيَمَةِ، فَاِمْتَنَعَ الرَّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ،
بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَمْوَالِ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَرْضٌ مُقَدَّرٌ، فَأَمَكَّنَ الرَّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ.

فَالْحَاصِلُ [أَنَّ] ^(١) فِيمَا قَالَا: إلْغَاءُ مَعْنَى الْأَدْمِيَّةِ، وَاعْتِدَارُ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ؛ لِأَنَّ
مِلْكَ الْمَالِ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ سَلَّمَ الْعَيْنَ وَأَخَذَ كِمَالَ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا
وَرَجَعَ بِالنُّقْصَانِ كَمَا فِي الْحَرْقِ الْمَاحِشِ.

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «و»، «ل»، «و»، «م»، «و»، «و».

فَيَجِبُ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةُ دَفْعًا لِلصَّرِّ وَرِعَايَةً لِلْمَمَانَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَفَا عَيْنِي حُرٌّ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ، وَبِخِلَافِ عَيْنِي لَمُدَّرٍ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْإِنْتِهَالَ مِنَ الْمَلِكِ إِلَى مِلْكٍ، وَفِي قَطْعِ إِحْدَى [٥٧١/ط] الْيَدَيْنِ وَفَتْوَى إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ لَمْ يُوجَدْ تَقْوِيْتُ جِنْسِ الْمُنْتَفَعَةِ.

وَلَهُمَا أَنْ مَعْنَى الْمَالِيَّةِ لَمَّا كَانَ مُعْتَبَرًا وَجَبَ أَنْ يَتَحَيَّرَ الْمُؤَلَى عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قُلَّاهُ كَمَا فِي سَائِرِ الْأَمْوَالِ فَإِنَّ مَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ خَرَقًا فَاحِشًا إِنْ شَاءَ لِمَالِكُ دَفَعَ الثَّوْبَ إِلَيْهِ وَصَمَّنَهُ قِيَمَتُهُ، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَ الثَّوْبَ وَصَمَّنَهُ النُّقْصَانَ. وَلَهُ أَنْ الْمَالِيَّةُ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَبَرَةً فِي الدَّاتِ فَلَا دَمِيَّةَ غَيْرُ مُهْدَرَةٍ فِيهِ وَفِي الْأَطْرَافِ أَيْضًا، أَلَا تَرَى أَنَّ عَبْدًا لَوْ قَطَعَ يَدٌ عِنْدَ آخِرِ يُؤْمَرُ الْمُؤَلَى بِالْإِنْفَاقِ أَوْ الْفِدَاءِ وَهَذَا مِنْ أَحْكَامِ الْأَدَمِيَّةِ، لِأَنَّ مُوَجِبَ الْجِنَايَةِ عَلَى الْمَالِ أَنْ تُسَاعَ رَقَبَتُهُ فِيهَا ثُمَّ مِنْ أَحْكَامِ الْأُولَى أَنْ لَا يَنْقَسِمَ عَلَى الْأَجْزَاءِ، وَلَا يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةُ،

غاية البيان

وفيما قال الشَّافِعِيُّ رحمته: اعتبارُ معنى الْأَدَمِيَّةِ، وإلغاءُ معنى الْمَالِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ بِأَخْذِ كَمَالِ الْقِيَمَةِ مَعَ إِمْسَاكِ الْجُثَّةِ، وفيما قال أَبُو حَنِيفَةَ رحمته اعتبارُ الْمَعْسِيَةِ جَمِيعًا، فَكَانَ مَا قَالَهُ أَوْلَى.

قَوْلُهُ: (فَيَجِبُ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةُ)، أَي: يَتَمَلَّكَ الْجَانِي حُثَّةَ الْعَبْدِ لِمَجْبِيٍّ عَلَيْهِ. قَوْلُهُ: (وَفِي الْأَطْرَافِ أَيْضًا)، أَي: مَعْنَى الْأَدَمِيَّةِ لَيْسَ بِمُهْدَرٍ فِي أَصْرَافِ الْعَبْدِ، كَمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِمُهْدَرٍ فِي ذَاتِ الْعَبْدِ.

قَوْلُهُ: (مِنْ أَحْكَامِ الْأُولَى)، أَي: مِنْ أَحْكَامِ الْأَدَمِيَّةِ أَلَّا يَنْقَسِمَ الصَّامِتُ عَلَى الْفَائِتِ وَعَلَى السَّاقِي، بَلْ يَكُونُ بِمُقَابَلَةِ الْفَائِتِ، وَلَا يَتَمَلَّكَ الْجُثَّةُ كَمَا فِي عَيْنِي [٥١١/٣] الْحَرُّ.

وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ أَنْ يَنْقَسِمَ وَيَتَمَلَّكَ الْجُنَّةُ فَوَفَّرْنَا عَلَى الشَّبَهَيْنِ حَظَّهُمَا مِنَ الْحُكْمِ.

هـاية البدار

قوله: (وَمِنْ أَحْكَامِ الثَّانِيَةِ)، أي: مِنْ أَحْكَامِ الْمَالِيَّةِ: أَنْ يَنْقَسِمَ الصَّامَانُ عَلَى الْعَائِتِ، وَعَلَى الْبَاقِي، وَيَتَمَلَّكَ الْجُنَّةُ.

فَإِنْ قُلْتُ: كَيْفَ أَرَادَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» بِالْأُولَى: الْآدَمِيَّةَ، وَالْآدَمِيَّةُ مَذْكُورَةٌ بَعْدَ الْمَالِيَّةِ؟ وَكَيْفَ أَرَادَ بِالثَّانِيَةِ: الْمَالِيَّةَ، وَالْمَالِيَّةُ مَذْكُورَةٌ قَبْلَ الْآدَمِيَّةِ؟

قُلْتُ: إِنَّمَا فَعَلَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ دَلِيلَ الشَّافِعِيِّ رحمته الله أَوَّلًا، وَهُوَ اعْتَبَرَهُ مَعْنَى الْآدَمِيَّةِ، ثُمَّ ذَكَرَ دَلِيلَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما الله، وَهُمَا اعْتَبَرَا الْمَالِيَّةَ، فَكَانَ وَضْعُ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ فِي مَوْضِعَيْهِمَا.



فصل

في جنابة المدبر وأُم الولد

قال: وإذا جنى المدبر، وأُم لولد جنابة؛ ضمن المولى الأقل من قيمته، ومن أرضها؛ (لما روي عن أبي عبيدة - رضي الله عنه - أنه قضى بجنابة المدبر على مولاه)، ولأنه صار مبيعاً عن تسليمه في الجنابة بالتدبير أو الاستيلاء من غير اختياره المداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجنابة وهو لا يعلم.

في جنابة المدبر

فصل

في جنابة المدبر وأُم الولد

لما ذكر جنابة القن والجنابة عليه، وهو كامل في المملوكية: ذكر بعده حابة من هو أنقص في المملوكية، وهو المدبر وأُم الولد.

قوله: (وإذا جنى المدبر، وأُم الولد جنابة؛ ضمن المولى الأقل من قيمته، ومن أرضها)، أي: قال لقنوري رحمته الله في «مختصره»^(١).

قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمته الله في «مختصره»: «جنابة المدبر على سيده في ماله دون عاقلته حالة، فإذا قتل المدبر رجلاً خطأ، أو جنى عليه فيما دون النفس؛ فذلك كله على المولى في قيمة المدبر، يكون عليه الأقل من قيمته، ومن أرض جنابته، لا يلزم المولى بجنابة المدبر أكثر من قيمة واحدة مرة واحدة.

وإن كثرت الأرواش، وجاوزت إلى مئة ألف؛ يشتري من جنى عليه المدبر أولاً وآخرًا، تقارب ما بين احنايات أو تقوت، سواء كانت على المولى [٨/٢١٣] لم تقص منه، أو كانت قبضت منه، فيتصارتون في القيمة بقدر ما لكل واحد منهم

(١) بنظر: «مختصر القنوري» [ص/١٩٠].

وَأَيْمًا يَجِبُ الْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَوْلِيِّ الْحَيَاةِ فِي أَكْثَرِ مِنَ الْأَرْضِ، وَلَا مَنَعَ مِنَ الْمَوْلَى فِي أَكْثَرِ مِنَ الْقِيَمَةِ، وَلَا تَحْيِيرَ بَيْنِ الْأَقْلِ

عناية لبيد

مِنْ أَرْضِ حَيَاتِهِ، كَمَا بَيَّنَّتُ لَكَ أَنَّهُمْ يَتَضَارَبُونَ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ الْجَانِي إِذَا اخْتَارَ الْمَوْلَى دَفْعَهَا إِلَى أَوْلِيَاءِ الْحَيَاةِ^(١) إِلَى هَذَا لَفْظِ الْكَرْحِيِّ

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ جَنَايَةَ الْمُدَبِّرِ عَلَى الْمَوْلَى: مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ فِي الْجَنَابَاتِ: أَنَّ أَبَا عُبَيْدَةَ بْنِ الْجَرَّاحِ، قَصَى بِجَنَايَةِ الْمُدَبِّرِ عَلَى مَوْلَاهُ^(٢)، وَذَلِكَ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ نَكِيرٍ، وَقَدْ كَانَ أَبُو عُبَيْدَةَ، أَمِيرُ الشَّامِ وَقَضَايَاهُ تَظْهَرُ بَيْنَ الصَّحَابَةِ، وَذَكَرَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ^(٣) وَإِبْرَاهِيمَ^(٤) مِثْلُ ذَلِكَ.

وَلِأَنَّ الْمَوْلَى صَارَ مَالًا مِنْ تَسْلِيمِهِ بِالْحَيَاةِ بِالتَّدْبِيرِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ، فَكَانَ دَرَّةً، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِالْجَنَابَةِ، وَإَيْمًا لَزِمَهُ الْأَقْلُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ إِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنْ قِيَمَتِهِ، فَلَا حَقَّ لَوْلِيِّ الْحَيَاةِ فِيمَا زَادَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ مِنَ الْقِيَمَةِ، فَلَمْ يُتْلَفِ الْمَوْلَى بِالتَّدْبِيرِ إِلَّا الرَّقَبَةُ؛ فَلَزِمَهُ قِيَمَتُهُ. كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ فِي «شَرْحِهِ».

وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي جَنَابَةِ أُمِّ الْوَلَدِ لِهَذَا الْمَعْنَى، وَإَيْمًا لَزِمَهُ فِي جَمِيعِ الْجَنَابَاتِ قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّ الْمَنَعَ مَنَعَ وَاحِدٌ، وَالصَّمَانُ يَتَعَلَّقُ بِهِ، فَكَانَ الْجَنَابَاتُ اجْتَمَعَتْ، ثُمَّ دَرَّةً، وَإَيْمًا يَتَضَارَبُونَ بِالْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ [١٦٢/٣] يَسْتَحِقُّ بِقَدْرِ جَنَابَتِهِ، فَيَضْرِبُ بِذَلِكَ.

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «قَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَضْمَنُ

(١) ينظر «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٨/داماد].

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/٢٧٣٢٦]، وليبفي في «السنن الكبرى» [٣١٤، ١٠] عن أبي عبيدة بن الجراح

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» [٢٧٣٢٨] عن عمر بن عبد العزيز

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» [٢٧٣٢٧] عن إبراهيم

وَالْأَكْثَرُ لِأَنَّهُ لَا يُعْبَدُ فِي جَنْسٍ وَاحِدٍ لِاخْتِيَارِهِ الْأَقْلَ لَا مَحَابَةَ ، بِخِلَافِ الْفِي ؛
لِأَنَّ الرِّعَايَاتِ صَدِيقَةٌ فِي الْأَعْيَانِ فَيُعْبَدُ لِتَخْيِيرِ بَيْنِ الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ (وَجَنَابَاتِ
الْمُدَبِّرِ وَإِنْ تَوَالَتْ لَا تُوجِبُ إِلَّا قِيَمَةً وَاحِدَةً) لِأَنَّهُ لَا مَنَعَ مِنْهُ إِلَّا فِي رَفْعِهِ
وَاحِدَةٍ ، وَلِأَنَّ دَفْعَ لِقِيَمَةِ كَدْفِ الْعَبْدِ وَذَلِكَ لَا يَتَكَرَّرُ فَهَذَا كَذَلِكَ ، وَيَتَصَارَفُونَ
بِالْحِصَصِ فِيهَا ، وَيُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الْحَبَايَةِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَعَ فِي
هَذَا الْوَقْتِ يَنْتَحَقُّ .

﴿ غَايَةُ الْبَيِّنَاتِ ﴾

الْمَوْلَى قِيَمَةُ الْمُدَبِّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ بِالْحَبَايَةِ مُدَبِّرًا ، وَقَالَ زُقَرَّ ﷺ : يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ عَبْدًا .
وَرَوَى ابْنُ أَبِي مَالِكٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ مِثْلَهُ
لَأَبِي يُوسُفَ : أَنَّ الْمَقْصَدَ الْحَاصِلَ بِالتَّدْبِيرِ تَقَدُّمُ الْجَنَابَةِ ، فَلَا يُعْتَدُّ بِهِ عَلَى
الْمَوْلَى كَمَا لَوْ كَانَ قَطَعَ يَدَهُ .

وَلِزُقَرَّ ﷺ : أَنَّ الْمَوْلَى بِالتَّدْبِيرِ مَانِعٌ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، فَكَأَنَّهُ حَتَّى تُمَّ دَبْرُهُ .

قَوْلُهُ : (بِخِلَافِ الْقِنْ) ، يَعْنِي أَنَّ الْمَوْلَى يَتَخَيَّرُ فِي جَنَابَةِ الْعَبْدِ الْقِنْ بَيْنَ
الدَّفْعِ وَالْفِدَاءِ ، وَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ أَكْثَرَ ، لَعَدَمَ تَعَيُّنِ الْبُسْرِ فِي الْأَقْلَ لِاخْتِلَافِهِمَا ،
وَمَا لَا يُخَيَّرُ الْمَوْلَى فِي جَنَابَةِ الْمُدَبِّرِ بَيْنَ الْأَقْلَ وَالْأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الْأَرْضِ ،
لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي التَّخْيِيرِ ؛ لِأَنَّ الْمُدَبِّرَ لَمَّا امْتَنَعَ دَفْعُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ لِنَقْلِ مِنْ مِلْكٍ
إِلَى مِلْكٍ ، تَعَيَّنَ الْبُسْرُ فِي الْأَقْلَ ؛ لَكُونَ الْقِيَمَةَ وَالْأَرْضَ مِثْلَيْنِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُمَا بَدَلٌ .
قَوْلُهُ : (وَيُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي حَالِ الْجَنَابَةِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمَنَعَ فِي هَذَا
الْوَقْتِ يَنْتَحَقُّ) ، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ « الْمَخْتَصَرِ » .

بَيَانُهُ : فِيمَا قَالَ الْكَرْجِيُّ ﷺ [فِي « مَخْتَصَرِهِ »] ^(١) : « فَيُعْتَبَرُ بِقِيَمَةِ الْمُدَبِّرِ لِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَوْمَ حَتَّى عَلَيْهِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ يَوْمَ التَّدْبِيرِ ، فَإِذَا قُتِلَ قَتِيلًا خَطَأً

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوتَيْنِ رِبَادَةٌ مِنْ « أ » ، وَ « ل » ، وَ « هَا » ، وَ « هَا » ، وَ « هَا » ، وَ « هَا » .

قَالَ: فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى، وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيَمَةَ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى بِقَضَاءٍ قَاضٍ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ [ر/٢٧٢]؛ لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ بِالِدْفَعِ.

شَايَةَ الْبَيَانِ

[٢/٥٢١٣/٨]، وَقِيَمَتُهُ يَوْمَ قَتَلَهُ أَلْفٌ، ثُمَّ زَادَتْ قِيَمَتُهُ فَصَارَتْ أَلْفًا وَخَمْسَ مِئَةٍ، ثُمَّ قَتَلَ آخَرَ؛ فَإِنَّ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ يَأْخُذُ مِنَ الْمَوْلَى خَمْسَ مِئَةٍ فَضْلَ الْقِيَمَةِ.

فِيُحْتَسَبُ ذَلِكَ عَلَيْهِ مِنْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي - وَهُوَ أَلْفٌ - عَلَى تِسْعَةِ وَثَلَاثِينَ جُزْءًا؛ لِأَنَّ الثَّانِيَّ قَبِضَ خَمْسَ مِئَةٍ، فَيُحْتَسَبُ عَلَيْهِ مِنَ الدِّيَةِ، فَبَقِيَ لَهُ تِسْعَةُ أَلْفٍ وَخَمْسُ مِئَةٍ، فَيَضْرِبُ بِمَا بَقِيَ لَهُ، وَلِلأَوَّلِ الدِّيَةُ كَامِدَةً، فَيَكُونُ تِسْعَةُ أَلْفٍ وَخَمْسُ مِئَةٍ تِسْعَةَ عَشَرَ جُزْءًا كُلُّ خَمْسِ مِئَةٍ جُزْءٌ، فَيَكُونُ لِلأَوَّلِ عَشْرَةُ أَلْفٍ، وَهِيَ عَشْرُونَ جُزْءًا؛ لِأَنَّ لَهُ الدِّيَةَ، وَلَمْ يَقْبِضْ مِنْهَا شَيْئًا، فَيَكُونُ الْأَلْفُ الْبَاقِي عَلَى تِسْعَةِ وَثَلَاثِينَ جُزْءًا.

وكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْمَوْلَى دَفَعَ قِيَمَةَ الْمُدَبَّرِ إِلَى الْأَوَّلِ خَمْسَ مِئَةٍ، ثُمَّ جَنَى عَلَى آخَرَ وَقِيَمَتُهُ أَلْفٌ، فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُ خَمْسَ مِئَةٍ فَضْلَ الْقِيَمَةِ لِلثَّانِي، ثُمَّ يَتَّبِعُ الثَّانِي الْأَوَّلَ فِيمَا قَبِضَ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى تِسْعَةِ وَثَلَاثِينَ، وَالْقَضَى فِي هَذَا وَغَيْرِ الْقَبْضِ سَوَاءً^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته الله.

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى، وَقَدْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيَمَةَ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى بِقَضَاءٍ قَاضٍ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَيَتَّبِعُ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ وَلِيَّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، وَيُسَدِّرُكُهُ فِيمَا أَحَدًا»^(٢).

وَذَلِكَ لِأَنَّ الضَّمَانَ لَزِمَ الْمَوْلَى لِأَجْلِ الْمَنْعِ الَّذِي حَصَلَ مِنْهُ فِي الرِّقْبَةِ، وَهُوَ مَنَعٌ وَاحِدٌ، فَصَارَ كَأَنَّ الْجِنَايَاتِ كُنَّهَا اجْتَمَعَتْ ثُمَّ دَبَّرَهُ، فَلَا يُلْزَمُهُ إِلَّا قِيَمَةُ وَاحِدَةٍ،

(١) يَنْظُرْ: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٨/دلسد].

(٢) يَنْظُرْ: «مختصر القدوري» [ص/١٩٠].

قال وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء ؛ فالولي بالخيار ، إن شاء اتبع المولى ، وإن شاء اتبع ولي الجنابة الأولي ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا شيء على المولى) لأنه حين دفع لم تكن الجنابة الثانية مؤحودة فقد دفع كل الحق إلى مستحقة وصار كما إذا دفع القضاء . ولأبي حنيفة أن المولى

﴿ مائة البكر ﴾

ويتعلق حق جماعتهم بها ، فإذا دفعها إلى الأول [٤٦٢/٣] بقضاء ، فقد زالت يده عنها بغير اختياره ، فلا يلزمه ضمانها ، ولثاني أن يتبع الأول ؛ لأنه قبض ما تعلق حقه به ، كالوصي إذا دفع التركة إلى الغرماء ، ثم ظهر غريم آخر ، فإنه يشاركهم فيما قبضوا ، ولم يرجع على الوصي ، كذلك هاهنا .

قوله : (قال : وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء ؛ فالولي بالخيار : إن شاء اتبع المولى ، وإن شاء اتبع ولي الجنابة الأولي) ، أي : قال القُدوري رحمه في «مختصره» ، وتماثه فيه : «إِنْ اتَّبَعَ الْمَوْلَى ؛ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى»^(١) ، وذلك لأن المولى سلم إلى الأول ما تعلق حق الثاني به ، فكان للثاني الخيار في تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن المولى رجع على ولي الجنابة الأولي ؛ لأننا تبيننا أنه دفع إليه ما ليس بحق له ، فكان له الرجوع به ، وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه^(٢) .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه : يتبع ولي [٢/١١٤/٨] الجنابة [الثانية الأول]^(٣) . ولا سبيل له على المولى ، سواء دفع بقضاء أو بغير قضاء ؛ لأن المولى دفع إلى الأول ، ولا حق للثاني ، فلم يكن متعدياً في الدفع ، فلا يلزمه الضمان . قوله : (وهذا) ، إشارة إلى كون المولى جانياً بدفع قسمة المذبر إلى الأول ،

(١) ينظر : «مختصر القُدوري» [ص ١٩٠] .

(٢) وهو معتمد الأئمة . ينظر : «الأخبار» [٥١/٥] ، «التييس الحقائق» [١٦٥/٦] ، «العناية» [٣٦٤/١٠] .

(٣) في «الأصل» «الأولي» . والمثبت من : «٢٥» ، «م» ، «ن» ، «و» ، «غ» ، «هـ» .

حَنِ بِدْفَعِ حَقِّ وَلِيِّ الْجَنَائَةِ الثَّانِيَةِ طَوْعًا، وَوَلِيِّ الْأُولَى ضَامِنٌ بِقَبْضِ حَقِّهِ ظُلْمًا
فَيَسْخِرُ، وَهَذَا لِأَنَّ الثَّانِيَةَ مُقَارِنَةٌ حُكْمًا مِنْ وَجْهِ وَلِهَذَا يُشَارِكُ وَلِيُّ الْجَنَائَةِ الْأُولَى،
وَمُتَأَحِرَةٌ حُكْمًا مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْجَنَائَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَقِّهَا فَحُجِّلَتْ
كَامُقَارِنَةٍ فِي حَقِّ التَّصْمِينِ لِإِنْطِلَالِهِ مَا تَعَلَّقَ بِهِ مِنْ حَقِّ وَلِيِّ الثَّانِيَةِ عَمَلًا بِالشَّهَتَيْنِ،
وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْمُدَبَّرَ، وَقَدْ جَنَى جَنَايَاتٍ، لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ؛
لِأَنَّ الصَّمَانَ إِنَّمَا وَجِبَ عَلَيْهِ بِاسْتِنَاعِ قَصَارٍ وَجُودِ الْإِعْتَقِ مِنْ بَعْدُ وَعَدَمُهُ بِمَنْزِلَةٍ.

غاية البيان

حَيْثُ دَفَعَ حَقَّ الثَّانِي طَوْعًا؛ لِأَنَّ الْجَنَائَةَ الثَّانِيَةَ، وَإِنْ كَانَتْ مُتَأَحِرَةً مِنَ الْجَنَائَةِ
الْأُولَى وَطَوْعًا، مُقَارِنَةٌ مَعَ الْجَنَائَةِ الْأُولَى مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ مِنْ وَجْهِ؛ بِدَلِيلِ مِشَارَكَةِ
وَلِيِّ الْجَنَائَةِ الثَّانِيَةِ وَلِيِّ الْجَنَائَةِ الْأُولَى.

وَمِنْ وَجْهِ: مُتَأَحِرَةٌ عَنِ الْجَنَائَةِ الْأُولَى مِنْ حَيْثُ الْحُكْمُ أَيْضًا، بِدَلِيلِ اعْتِبَارِ
قِيَمَتِهِ فِي حَقِّ الْجَنَائَةِ الثَّانِيَةِ حِينَ وَقْعِهَا، فَمَا كَانَ كَذَلِكَ جُعِلَتْ الثَّانِيَةُ كَالْمُقَارِنَةِ
فِي حَقِّ التَّصْمِينِ إِذَا دَفَعَ بِغَيْرِ قَضَاءٍ؛ لِأَنَّهُ أَبْطَلَ مَا تَعَلَّقَ حَقُّ الثَّانِي بِهِ، وَلَمْ يُحْعَلْ
كَامُقَارِنَةٍ إِذَا دَفَعَ بِقَضَاءٍ؛ لِأَنَّهُ مُحْبُورٌ بِالْإِعْتَقِ عَمَلًا بِشَبْهَتَيْ الْمُقَارِنَةِ وَالتَّأَخُّرِ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْمُدَبَّرَ، وَقَدْ جَنَى جَنَايَاتٍ، لَمْ يَلْزَمُهُ^(١) إِلَّا قِيَمَةٌ
وَاحِدَةٌ)، ذَكَرَهُ تَفْرِيْعًا عَلَى مَسْأَلَةِ «الْمَخْتَصِرِ».

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصِرِهِ»: «وَلَوْ أَعْتَقَ لِعَوْلَى الْمُدَبَّرَ، وَقَدْ جَنَى
جَنَايَاتٍ كَثِيرَةً، لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ، وَعَتَاقُهُ وَعَيْرُ عَتَاقِهِ [سَوَاءً]^(٢)، وَهُوَ عَلَى
مَا قَدَّمْتُهُ لَكَ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ مِنَ الْجَنَايَاتِ فِي رَقَبَةِ الْمُدَبَّرِ»^(٣).

(١) فِي «الْأَصْلِ» «يَلْزَمُ» وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «٢٥»، «وَلَمْ»، «وَلَنْ»، «وَلَعَنْ»، «وَلَعَنْ».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُودَيْنِ: رِبَادَةٌ مِنْ: «لَنْ»، «وَلَعَنْ»، «وَلَعَنْ»، «وَلَمْ»، «وَلَعَنْ».

(٣) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مَخْتَصِرِ الْكَرْخِيِّ» لِلْفُورِيِّ [١/٣٣٨/١].

وَأُمُّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْمُدَبِّرِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِيلَادَ مَانِعٌ مِنَ الدَّفْعِ كَالْتَدْبِيرِ .

وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَبِّرُ بِجَنَابَةِ ، لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ بِهِ شَيْءٌ ، عَتَقَ أَوْ لَمْ يَغْتَقِ لِأَنَّ مُوجِبَ جَنَابَةِ الْخَطَا عَلَى سَيِّدِهِ وَإِقْرَارُهُ بِهِ لَا يَنْفُذُ عَلَى السَّيِّدِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

غاية البيان

قوله: (وَأُمُّ الْوَلَدِ بِمَنْزِلَةِ الْمُدَبِّرِ فِي جَمِيعِ مَا وَصَفْنَا) ، ذكره على سبيل التفريع . قال الكرخي رحمه الله في «مختصره»: «وجنابة أم الولد على المولى ، وهي في جميع ما ذكرت لك بمنزلة المُدَبِّرِ»^(١) إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ، وذلك لأنَّ حقَّ الحرِّية يَتَعَلَّقُ بِرَفِيقَتِهَا كَالْمُدَبِّرِ ، وَلِأَنَّ الْمَوْلَى مَنَعَ مِنْ تَسْلِيحِهَا بِالْإِسْتِيلَادِ لِسَابِقٍ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ .

قوله: (وَإِذَا أَقَرَّ الْمُدَبِّرُ بِجَنَابَةِ ؛ لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ بِهِ شَيْءٌ ، عَتَقَ أَوْ لَمْ يَغْتَقِ) . ذكره بسبيل التفريع أيضاً .

قال القُدُورِيُّ رحمه الله في «شرح مختصر الكرخي»: «إنَّما يَغْنِي بِهِ جَنَابَةُ الْخَطَا ؛ وَلِأَنَّهَا لَازِمَةٌ لِمَوْلَاهُ ، فَإِقْرَارُهُ عَلَى الْمَوْلَى لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ» ولم يذكر القُدُورِيُّ جنابة المُكَاتِبِ ، وَنَحْنُ نَذَكُرُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْمَوْضِعِ .

قال الكرخي رحمه الله في «مختصره»: «وجنابة المُكَاتِبِ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ سَيِّدِهِ ، وَدُونَ الْعَاقِلَةِ ، يُحَكَّمُ عَلَيْهِ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ [٤٦٣/٣] وَمِنْ أَرْشِ جَنَابَتِهِ»^(١) . إلى هنا لفظ الكرخي ، وذلك لِأَنَّ اكْتِسَابَ الْمُكَاتِبِ لِنَفْسِهِ ، فَكَانَتْ جَنَابَتُهُ عَلَيْهِ كَالْحُرِّ ، وَلِأَنَّهُ هُوَ [٢١٤٨ ط/م] الْمَانِعُ مِنْ تَسْلِيمِ رَفِيقَتِهِ فِي الْجَنَابَةِ بِقَبُولِهِ الْكِتَابَةَ ، فَصَارَ كَالْمَوْلَى الْمَانِعِ لِمُسْلِمِ الْمُدَبِّرِ بِالتَّدْبِيرِ ، فَلِذَا لَزِمَتْ جَنَابَةُ الْمُدَبِّرِ الْمَوْلَى ؛ لَزِمَتْ جَنَابَةُ الْمُكَاتِبِ

(١) بظر . «شرح مختصر الكرخي» للقُدُورِيِّ [ق/٣٣٨/داماد] .

مدية البيان

[المُكَاتَّبُ] ^(١).

ولا يُقَالُ: إِنَّ لِمَوْلَى هُوَ الْمَانِعُ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ، كَمَا مُنِعَ بِالتَّدْبِيرِ؛ لِأَنَّ تَقْصُرَ الْعَقْدِ لَا يُمْنَعُ ادْفَعُ إِذَا حَصَلَ الْعَحْرُ، وَإِنَّمَا يُمْنَعُهُ الْبَقَاءُ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ لِحَقِّ الْمُكَاتَّبِ؛ وَإِنَّمَا لَزِمَهُ الْأَقْلُ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ إِذَا كَانَ هُوَ الْأَقْلُ، فَلَا حَقَّ لِلْمَوْلَى فِي أَكْثَرِ مِنْهُ، وَإِذَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقْلَ لَمْ يُنَمَّحِ الْمُكَاتَّبُ مَا زَادَ عَلَيْهَا، فَلَا يَلْزَمُهُ مَا لَمْ يُنَمَّحْ.

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله: «فَإِذَا حَكَّمَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ؛ صَارَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَسَقَطَتْ مِنْ رَفْتِهِ، وَمَا لَمْ يَحْكَمْ الْحَاكِمُ؛ فَهُوَ فِي رَفْتِهِ، لَوْ عَجَزَ بَعْدَ الْحُكْمِ بَاعَهُ الْحَاكِمُ فِي دَيْنِهِ، وَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْحُكْمِ قِيلَ لِلْمَوْلَى ادْفَعْهُ، أَوْ أَفْدِهِ بِأَرْضِ الْجَنَابَةِ، فَأَمَّا إِذَا حَكَّمَ مَهِي دَيْنٌ عَلَيْهِ يُؤَدِّيهِمَا مِنْ كَسْبِهِ مَا دَامَ فِي الْكِتَابَةِ، فَإِنْ عَجَزَ يَبِيعُ فِي ذَلِكَ» ^(٢).
إِنِّي هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي «إِشْرَاحِهِ»: «وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا: إِنَّ جَنَابَةَ الْمُكَاتَّبِ تَتَعَلَّقُ بِرَفْتِهِ. وَقَالَ زُقَرٌّ رحمه الله: تَتَعَلَّقُ بِدَيْنِهِ».

لَنَا: أَنَّ رَفْتَهُ يَجُوزُ تَسْلِيمُهَا فِي الْجَنَابَةِ لَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَّبُ، فَتَتَعَلَّقُ الْجَنَابَةُ بِهَا كَرَقَبَةِ الْعَبْدِ.

وَجْهُ قَوْلِ زُقَرٍّ: أَنَّ رَقَبَةَ الْمُكَاتَّبِ لَا يَصِحُّ فِيهَا التَّمْلِيكُ، فَصَارَ كَالْحُرِّ وَالْمُدَبِّرِ، فَلَا تَتَعَلَّقُ الْجَنَابَةُ بِرَفْتِهِ.

وَفَائِدَةُ هَذَا الْخِلَافِ: أَنَّ الْمُكَاتَّبَ إِذَا عَجَزَ قَبْلَ اتِّفَاقِ الْجَنَابَةِ مِنْ رَفْتِهِ؛ قِيلَ لِلْمَوْلَى: ادْفَعْهُ أَوْ أَفْدِهِ. وَقَالَ زُقَرٌّ رحمه الله: يُبَاعُ فِي الْأَرْضِ.

(١) ما بين المعرفتين زيادة من «ن»، و«ع»، و«٢١»، و«م»، و«ل».

(٢) ينظر إشرح مختصر الكرخي للقدوري [ق/٣٣٨/داماد]

❦ نهاية البيان ❦

فعلى قولنا: أنَّ الجناية في الرقبة، وقد أفكَّنَ فيها الدَّفْعُ، فصارت كجناية العبد، وعلى قولنا: الجناية في الذمة، فيباع فيها إذا عجز، كما يُباع في الديون. ويظهر الخلاف أيضاً في المكاتب إذا جنى قبل القصاص عليه بالجناية؛ فُضي عليه بقيمة واحدة؛ لأنَّ الجناية الأولى متعلقة برقبته، وكذلك الثانية، فتتساوى الرقبة عنهما، فيكون بينهما كجنايتي العبد.

وعلى قول زُفَرٍ: يُحْكَمُ في كُلِّ جَايَةٍ بِقِيَمَةٍ؛ لَأَنَّهَا تَجِبُ عِنْدَهُ فِي الذِّمَّةِ،
وَالذِّمَّةُ لَا تَنْصَاقُ.

وَإِذَا ثَبَتَ أَنَّ جُنَايَةَ الْمُكَاتِبِ تَتَعَلَّقُ بِرَقِيَّتِهِ ؛ لَمْ يَتَّقِلْ إِلَى ذِمَّتِهِ إِلَّا بِأَحَدٍ مَعَا
ثَلَاثَةٍ : إِمَّا بِأَنْ يَحْكُمَ الْحَاكِمُ بِأَرْشِهَا عَلَيْهَا ، أَوْ بِأَنْ يَصْطَلِحُوا عَلَى الْأَرْضِ ، أَوْ
يَمُوتُ وَيُتْرَكُ مَالًا ، أَوْ وَلَدًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَدْ كَانَتْ الْجُنَايَةُ مَوْقُوفَةً الْحُكْمِ ؛ لَجَوَازِ
أَنْ يَعْجَزَ فَيُدْفَعُ ، أَوْ يَعْتَقَ فَيَتَعَذَّرَ الدَّفْعُ ، وَيَجِبُ الْأَرْضُ .

فإذا قَضَى الْقَاضِي بِالْأَرْضِ؛ فَقَدْ حَكَمَ بِإِحْدَى جِهَتَيْ الْمِرَاعَاةِ [٢/٢١٥/٨]، وَأَبْطَلَ الْجِهَةَ الْأُخْرَى، وَكَذَلِكَ إِذَا اصْطَلَحُوا؛ لِأَنَّ الصُّلَحَ يُوجِبُ الْبَدَلَ فِي الذَّمَّةِ، فَتَنْقِلُ الْجَنَايَةُ عَنِ الرَّقَبَةِ، فَأَمَّا إِذَا مَاتَ وَتَرَكَ وَفَاءً فَقَدْ حَكَمْنَا بِعَيْتِهِ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الْحَيَاةِ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ مِنْ دَفْعِ الرَّقَبَةِ، فَيَنْقِلُ الْحَقُّ إِلَى الذَّمَّةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا [٤٦٣/٣] أُعْتِقَ فِي حَالِ الْحَيَاةِ لِهَذِهِ الْعِدَّةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَرَكَ وَلَدًا؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ قَامَ مَقَامَهُ، وَتَعَذَّرَ دَفْعُ الرَّقَبَةِ بِالْمَوْتِ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله أَيْضًا: «وَإِذَا جَنَى الْمُكَاتِبُ جُنَايَاتٍ جُنَايَةً بَعْدَ جُنَايَةٍ فَلَمْ أَنْ يُحْكَمْ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ، ثُمَّ رَافَعُوهُ إِلَى الْحَاكِمِ، حَكَمَ عَلَيْهِ بِالْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ، وَمِنْ أُرُوشِ الْجُنَايَاتِ الَّتِي لَزِمَتْهُ» ^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للفدوري [ق/٣٣٩/د ماد].

.....

﴿ غاية البيان ﴾

وهذا على ما قدّمنا: أَنَّ الجَنَائِبَ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ، فَتَنْضَائِقُ عِهَا .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ أَيْضًا: «فَإِنْ جَنَى حَنَابَةً ، فَحُكِّمَ عَلَيْهِ بِالْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَمِنْ رُشْمِهَا ، ثُمَّ جَنَى جَنَابَةً أُخْرَى ، فَخُوصِمَ فِيهَا ؛ فَإِنَّ الْحَاكِمَ يَحْكُمُ عَلَيْهِ أَيْضًا بِالْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ ، وَمِنْ أَرْمَسِ الْجَنَابَةِ»^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُهُ ﷺ ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَيْسَ حَكَمُ الْأُولَى يَقْتُلُ مِنَ الرَّقَةِ إِلَى الذَّمَّةِ ، فَصَادَقَتِ الْحَنَابَةُ الثَّانِيَةُ لِرَقَبَةٍ فَارِغَةٍ ، مُعْدَّتْ بِهَا كَالأُولَى .

قَالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ: «وَيَنْظُرُ الْحَاكِمُ إِلَى قِيَمَةِ الْمُكَاتَبِ يَوْمَ جَنَى فِي كُلِّ جَنَابَةٍ يُرْفَعُ بِهِ فِيهَا ، وَلَا يُعْتَبَرُ زِيَادَةُ قِيَمَةِ بَعْدَ الْجَنَابَةِ ، وَلَا نَقْصَانُهَا ، عَلَى مَا فَسَّرْتُ لَكَ فِي الْمُدَبِّرِ»^(١) .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ أَيْضًا: «وَإِذَا أَقَرَّ الْمُكَاتَبُ بِجَنَابَةٍ خَطَأً ، لَزِمَتْهُ ، وَحَكَّمَ الْحَاكِمُ بِهَا عَلَيْهِ» . إِلَى هُنَا لَفْظُهُ . وَذَلِكَ لِأَنَّ جَنَابَتَهُ مُسْتَحَقَّةٌ مِنْ كَسْبِهِ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِأَكْسَابِهِ ، فَتَقَدَّرَ إِقْرَارُهُ كَالْحُرِّ .

قَالَ الْكَرْخِيُّ ﷺ: «وَإِنْ لَمْ يَحْكُمْ حَتَّى عَجَزَ بَطَلَتْ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ صَارَ لَارِمًا لِلْمَوْلَى ، أَلَّا تَرَى أَنَّ الْحَبَابَةَ لَوْ ثَبَتَتْ ، لَزِمَ الْمَوْلَى الدَّفْعُ ، أَوْ الْفِدَاءُ ، فَمِمَّا يَحْجُرُ إِقْرَارُ الْمُكَاتَبِ فِي حَقِّ غَيْرِهِ» .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ أَيْضًا: «وَإِنْ عَجَزَ بَعْدَ الْحُكْمِ بَطَلَتْ أَيْضًا عَنْهُ عِنْدَ أَبِي حَبِيبَةَ ﷺ ، وَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ . فَلَا تَنْطُسُ ، وَهِيَ ذَيْنُ يُبَاعُ فِيهَا»^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُهُ .

لَأَبِي حَبِيبَةَ ﷺ: أَنَّ الْمُكَاتَبَ فِيمَا لَمْ يَتَّصِمَنَّ الْكِتَابَةَ الْإِذْنَ فِيهِ بَاقٍ عَلَى حَجَرِهِ بِدَلَالَةِ الْقَرْضِي ، وَالْكِتَابَةُ لَا تَتَّصِمُنَّ الْإِقْرَارَ بِالْجَنَابَةِ ، فَكَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٣٩/داماد] .

شاية البهائم

في الإقرار، وإنما ألزمناه ذلك لثبوت حقه في أكسابه، فإذا عجز زال هذا المعنى، فبطل ما تعلق بإقراره.

وجه قوليهما: أن الحاكم لما حكم عليه، صارت الجناية ديناً في [٨/٢١٥ م] ذمته، فلا يبطل بعجزه، كما لو أقر بدين ثم عجز.

وقال الكرخي: «فإن أقر بجناية، فلم يحكم الحاكم بها حتى أدى، فعتق؛ صارت ديناً عليه حين عتق»^(١). إلى هنا لفظه رحمه الله، وذلك لأن جنايته تلزمه في أكسابه، ولا تلزم [المولى]^(٢)، فتأكد بعنقه، كالدين التي يقر بها، وليس كذلك العبد يقر بالجناية، ثم يعتق؛ لأن جنايته على مولاه، ومن أقر بحق على غيره لم يلزم في نفسه. كذا ذكر القُدوري رحمه الله في «شرح».

والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.



(١) ينظر: اشرح مختصر الكرخي للقدوري [ق/٣٣٩/داماد].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ»، و«ها»، و«م»، و«ر».

وَالْفَرْقُ أَنَّ الْعَصَبَ قَاطِعٌ لِلسَّرَايَةِ لِأَنَّهُ سَبَبُ الْمِلْكِ كَالْبَيْعِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ هَلَكَ بِأَقَرِّ سَمَاوِيَةٍ فَتَجِبُ فِيمَتُهُ أَقْطَعُ، وَلَمْ يُوَحَدْ الْقَاطِعُ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي فَكَانَتْ السَّرَايَةُ مُضَافَةً إِلَى الْبِدَايَةِ فَصَارَ الْمَوْلَى مُتْلِفًا فَيَصِيرُ مُسْتَرْدًّا، كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ وَهُوَ اسْتِرْدَادٌ فَيَبْرَأُ الْغَاصِبُ عَنِ الضَّمَانِ. (٥/٢٧٢)

قَالَ: وَإِذَا غَضِبَ الْعَبْدُ الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ عَبْدًا مَخْجُورًا عَلَيْهِ، فَمَاتَ فِي يَدِهِ، فَهُوَ ضَامِنٌ؛ لِأَنَّ الْمَخْجُورَ عَلَيْهِ مُوَاحِدٌ بِأَفْعَالِهِ.

غاية البيان

يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ؟

قِيلَ لَهُ: الْعَصَبُ صَارَ فَاصِلًا بَيْنَ الْقَطْعِ وَالْهَلَاكِ، فَلَا يَسْتَتِدُّ الْهَلَاكُ إِلَى الْقَطْعِ، فَصَارَ فِي حُكْمِ الْغَاصِبِ، كَأَنَّ الْعَبْدَ مَاتَ بِأَقَرِّ سَمَاوِيَةٍ، أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلًا لَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدِهِ ثُمَّ بَاعَهُ فَمَاتَ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي مَاتَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ قَبْضَ الْمُشْتَرِي صَارَ فَاصِلًا بَيْنَ الْقَطْعِ وَالْهَلَاكِ، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَأَمَّا إِذَا قَطَعَ الْمَوْلَى يَدَهُ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَمَاتَ مِنْ ذَلِكَ؛ بَرِيءَ الْغَاصِبُ مِنَ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى صَارَ مُسْتَرْدًّا لِلْعَبْدِ لَاسْتِيلَانِهِ عَلَيْهِ بِالْقَطْعِ، ثُمَّ لَمْ يُوجَدْ مَا يُبْطِلُ قَطْعَ السَّرَايَةِ عَنِ الْجَنَايَةِ، كَالْمُشْتَرِي إِذَا قَطَعَ يَدَ الْعَبْدِ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ يَصِيرُ قَابِضًا، وَفِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ: لَمْ يَصِرْ مُسْتَرْدًّا؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ كَانَ قَبْلَ الْعَصَبِ.

قَوْلُهُ: (كَيْفَ وَأَنَّهُ اسْتَوْلَى عَلَيْهِ)، أَي: كَيْفَ لَا يَكُونُ الْمَوْلَى مُسْتَرْدًّا لِلْعَبْدِ مِنَ الْغَاصِبِ، وَالْحَالُ أَنَّهُ اسْتَوْلَى عَلَى الْعَبْدِ بِالْقَطْعِ، وَالْإِسْتِيلَاءُ اسْتِرْدَادٌ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا غَضِبَ الْعَبْدُ الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ عَبْدًا مَخْجُورًا عَلَيْهِ، فَمَاتَ فِي يَدِهِ؛ فَهُوَ ضَامِنٌ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١)، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْعَصَبُ ظَاهِرًا، فَيُضْمَنُ فِي الْحَالِ يُبَاعُ فِيهِ؛ لِأَنَّ أَعْمَالَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرَةٌ، وَلَوْ كَانَ

(١) بَطْن. «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَعَ شَرْحِهِ السَّامِعِ الْكَبِيرِ [ص/٥١١].

قَالَ: وَمَنْ عَصَبَ مُدَبَّرًا، فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى، فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً أُخْرَى؛ فَعَلَى الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ أَعْجَزَ نَفْسُهُ عَنِ الدَّفْعِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَصِيرَ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ فَيَصِيرُ مُبْطِلًا حَقَّ أَوْلِيَاءِ الْجَنَايَةِ إِذْ حَقُّهُمْ فِيهِ وَلَمْ يَمْنَعْ إِلَّا رَقَبَةً وَاحِدَةً فَلَا يُرَادُّ عَلَى قِيَمَتِهَا، وَيَكُونُ بَيْنَ وَلِيِّ الْجَنَائَتَيْنِ نِصْفَيْنِ لِاسْتَوَائِهِمَا فِي الْمَوْجِبِ.

غاية القياس

النَّصِبُ طَهَرُ بِإِقْرَارِهِ؛ لَا يَحْتَاجُ إِلَّا بِالْعِتْقِ. كَذَا قَالَ لَفْقِيهِ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله، وَذَلِكَ لِأَنَّ الرُّقَّ يُوجِبُ الْحَجْرَ فِي الْأَقْوَالِ دُونَ الْأَفْعَالِ، وَإِنْ أَقَرَّ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ بِحَدِّ أَوْ قِصَاصٍ لِرَمَةِ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ مُبْقَى فِي ذَلِكَ عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَةِ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الْحَجْرِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ عَصَبَ مُدَبَّرًا، فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى، فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً أُخْرَى؛ فَعَلَى الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: فِي مُدَبَّرٍ لِرَجُلٍ عَصَبَ رَجُلًا، فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً، ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى الْمَوْلَى، فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً أُخْرَى، قَالَ: عَلَى الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ نِصْفَانِ بَيْنَ وَلِيِّي الْجَنَائَتَيْنِ^(١)، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَوْلَى بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ عَلَى الْغَاصِبِ، فَيَأْخُذُهُ فَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ الْأُولَى، ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ أَيْضًا.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله: يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْغَاصِبِ [٤٦١/٣] بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ، فَيُسَدَّمُ لَهُ وَلَا يَدْفَعُهُ إِلَى أَحَدٍ، فَإِنْ كَانَ جَنَى عِنْدَ الْمَوْلَى أَوَّلًا، ثُمَّ عَصَبَهُ رَجُلٌ فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً، قَالَ: عَلَى الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ نِصْفَيْنِ بَيْنَ وَلِيِّي الْجَنَائَتَيْنِ، ثُمَّ يَرْجِعُ

(١) فِي «الْأَصْلِ» «الْجَنَايَةُ». وَالْمَشْتَبَهُ مِنْ «فَايَ»، «وَلَمْ»، «وَلَنْ»، «وَأَغَ»، «وَأَرَا».

 عِيدُ بَيْدٍ

نصف القيمة، فَيَدْفَعُهَا إِلَى وَلِيِّ الْجَنَاحِ الْأُولَى، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ ﷺ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَيُنَبِّغِي أَنْ يَكُونَ وَجُوبُ الْقِيَمَةِ عَلَى لِمَوْلَى إِذَا كَانَتْ لِقِيَمَةٍ أَقْلَ مِنَ الْأَرْضِ، لِأَنَّ حُكْمَ جَنَاحِ الْمُدَبِّرِ أَنْ يَلْزَمَ الْأَقْلَ مِنْهُمَا عَلَى الْمَوْلَى.

فَسَقُولُ بَعْدَ ذَلِكَ: إِنَّمَا وَجَبَ عَلَى امْوَلَى قِيَمَةُ الْمُدَبِّرِ بَيْنَ وَلِيِّي الْجَنَاحَيْنِ نَصْفَيْنِ؛ لِأَنَّهُ بِالتَّدْبِيرِ السَّابِقِ صَارَ مَانِعًا لِدَفْعِ الْمُدَبِّرِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الثَّقَلُ مِنْ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ عَلَى وَحْدِهِ لَمْ يَصِرْ مُخْتَارًا لِلْفِدَاءِ؛ لِانْعِدَامِ الْعِلْمِ بِجَنَاحٍ تَوْحَّدَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ حِينَ دَبَّرَهُ، فَيَلْزَمُهُ الْقِيَمَةُ عَلَيْهِ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَوْ كَانَ مُحَلًّا لِلدَّفْعِ مَا كَانَ يَلْزَمُهُ إِلَّا دَفْعٌ وَاحِدٌ.

فَعِنْدَ تَعَدُّ الدَّفْعِ لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ، فَيُعْطَى نَصْفُ الْقِيَمَةِ لِوَلِيِّ الْجَنَاحِ الْأُولَى، وَنَصْفُهُ لِوَلِيِّ الْجَنَاحِ الثَّانِيَةِ، وَقَدْ بَقِيَ حَقُّ وَلِيِّ الْجَنَاحِ الْأُولَى فِي نَصْفِ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ كَانَ فِي كُلِّ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ حِينَ جَنَى أَوَّلًا كَانَ فَارِعًا عَنِ الْجَنَاحِ الثَّانِيَةِ، فَاسْتَحَقَّ وَلِيُّ الْجَنَاحِ الْأُولَى كُلَّ الْقِيَمَةِ، وَقَدْ رَصَلَ إِلَيْهِ النُّصْفُ، وَبَقِيَ حَقُّهُ فِي النُّصْفِ الْآخَرِ.

وَحَقُّ وَلِيِّ الْجَنَاحِ [٢١٦/٨ م] الثَّانِيَةِ فِي نَصْفِ الْقِيَمَةِ لَا غَيْرَ؛ لِأَنَّهُ حِينَ جَنَى ثَانِيًا كَانَ مُشْغُولًا بِالْجَنَاحِ الْأُولَى، فَيَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْغَاصِبِ بِنَصْفِ الْقِيَمَةِ، وَيَدْفَعُهَا إِلَى وَلِيِّ الْجَنَاحِ الْأُولَى إِكْمَالًا لِحَقِّهِ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْمَوْلَى بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ بِسَبَبِ كَانٍ فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ^(٢)، وَلَمْ يَسَلِّمْ لَهُ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ

(١) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٥١١].

(٢) فِي «الْأَصْلِ»: «النَّصْبُ». وَالْمَشْتَبُ مِنْ «لَا فَا ٢٢»، وَ«م»، وَ«ن»، وَ«غ»، وَ«ر».

قَالَ (وَيَرْجِعُ الْمُؤَلَّى بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ نِصْفَ
الْبَدَلِ بِسَبَبِ كَدِّ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَصَارَ كَمَا إِذَا اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْعَبْدِ بِهَذَا السَّبَبِ .
قَالَ (وَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى ثُمَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ ،
وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله . وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمهما الله : يَرْجِعُ بِنِصْفِ
قِيَمَتِهِ فَيَسْلُمُ لَهُ) لِأَنَّ الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ الْمُؤَلَّى عَلَى الْغَاصِبِ عَرَضٌ مَّا سَمِيَ لِوَلِيِّ
الْجَنَابَةِ الْأُولَى فَلَا يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَى اجْتِمَاعِ الْبَدَلِ وَالْمُبَدَّلِ فِي مِلْكِ
رَجُلٍ وَاحِدٍ ، وَكَثِيلًا يَتَكَوَّرُ الْإِسْتِحْقَاقُ .

غاية التبيين

يَأْخُذُهَا مِنَ الْعَاصِبِ ، وَإِذَا رَجَعَ بِالنِّصْفِ عَلَى لِعَاصِبٍ ثَانِيًا ، سَلِمَ لِلْمُؤَلَّى ذَلِكَ ؛
لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْجَنَابَةِ تَمَامَ حَقِّهِمْ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله .
وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمهما الله : إِذَا رَجَعَ الْمُؤَلَّى عَلَى الْعَاصِبِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ أَوَّلَ مَرَّةٍ ؛
يَسْلُمُ لَهُ وَلَا يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّ مَا رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ عَرَضٌ
مَا دَفَعَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا ضَمِنَ نِصْفَ الْقِيَمَةِ لِوَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى
بِجَنَابَةٍ ؛ كَانَتْ فِي ضِمَانِ الْغَاصِبِ ، فَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَا رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ؛ يَجْتَمِعُ
الْعَرَضُ وَالْمُعَرَّضُ فِي مِلْكِ وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ .

وَجَوَابُهُ : مَا قَالَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمهما الله : إِنَّ مَا أَخَذَ الْمُؤَلَّى مِنَ الْغَاصِبِ هُوَ
بَدَلٌ عَنِ الْمَدْفُوعِ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى مِنَ الْعَبْدِ ، فِيمَا بَيْنَ الْمُؤَلَّى وَالْغَاصِبِ .
فَأَمَّا فِي حَقِّ وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى ، لَا يُعْتَبَرُ بَدَلًا عَنِ الْعَبْدِ ، بَلْ يُعْتَبَرُ بَدَلًا عَنِ
الْمَيْتِ ، وَيَكُونُ الشَّيْءُ الْوَاحِدُ بَدَلًا عَنْ عَيْنٍ فِي حَقِّ إِنْسَانٍ ، وَيَكُونُ بَدَلًا عَنْ شَيْءٍ
آخَرَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، كَالنَّصْرَانِيِّ إِذَا بَاعَ الْخَمْرَ ، وَقَضِيَ مِنْهُ دَيْنُ الْمُسْلِمِ يَجُوزُ ، وَيَكُونُ
الْمَأْخُودُ بَدَلُ الْخَمْرِ فِي حَقِّ النَّصْرَانِيِّ ، وَفِي حَقِّ الْمُسْلِمِ بَدَلُ دَيْنِهِ ، كَذَا هُنَا .

هَذَا إِذَا كَانَتْ الْجَنَابَةُ الْأُولَى عِنْدَ الْغَاصِبِ ، وَالْجَنَابَةُ الثَّانِيَةُ عِنْدَ الْمُؤَلَّى ،

وَلَهُمَا أَنْ حَقَّ الْأَوَّلُ فِي جَمِيعِ الْقِيَمَةِ لِأَنَّهُ حِينَ جَنَى فِي حَقِّهِ لَا يُزَاحِمُهُ أَحَدٌ، وَإِنَّمَا انْتَقَصَ بِاعْتِبَارِ مُزَاحِمَةِ الثَّانِي فَإِذَا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ بَدَلِ الْعَبْدِ فِي يَدِ الْمَالِكِ فَارْغًا يَأْخُذُهُ لِيَسْمَحَهُ حَقُّهُ فَإِذَا أَخَذَهُ مِنْهُ يَرْجِعُ الْمَوْلَى بِمَا أَخَذَهُ عَنِ الْغَاصِبِ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مِنْ يَدِهِ بِسَبَبِ كَانٍ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.

غاية البيان

فَإِنْ كَانَتْ الْجَنَابَةُ الْأُولَى عِنْدَ الْمَوْلَى، ثُمَّ عَصَبَهُ غَاصِبٌ، فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَابَةً أُخْرَى [١٦٥٣]؛ فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُ قِيَمَتَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَتَيْنِ نَصْفَيْنِ، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِنَصْفِ الْقِيَمَةِ، وَيَدْفَعُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ مَرَّةً أُخْرَى، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ.

وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ ﷺ: فِي أَنَّهُ يَدْفَعُ بِمَا رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى، وَفِي الْمَسْأَلَةِ [الْأُولَى لَا] ^(١) يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ، بَلْ يَسْلَمُ ذَلِكَ لِلْمَوْلَى عِنْدَهُ، أَدَّ مَا رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ هَذَا لَيْسَ عَوَضٌ مَا ضَمِنَ لِوَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى، فَلَوْ دَفَعَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى؛ لَا يُؤَدِّي إِلَى تَكَرُّرِ الْاسْتَحْقَاقِ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى. فَإِنَّ مَا رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ثَمَّةَ عَوَضٍ مَا ضَمِنَ لِوَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى، فَلَوْ دَفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى؛ يُؤَدِّي إِلَى تَكَرُّرِ [٢/٢١٧: ٨] الْاسْتَحْقَاقِ، فَيَلْتَرُمُ الْحَمُّ بَيْنَ الْعَوَضِ وَالْمُعَوَضِ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ، فَلَا يَتَجَوَّزُ، فَهَذَا سَلِمَ مَا رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ لِمَوْلَى.

وَالْفَرْقُ لَهُمَا: فِي عَدَمِ الرُّجُوعِ عَلَى الْغَاصِبِ ثَانِيًا هُنَا، وَفِي الرُّجُوعِ ثَانِيًا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى؛ إِنَّ وَلِيَّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى اسْتَحَقَّ هَذَا النِّصْفَ بِسَبَبِ كَانٍ فِي ضَمَانِ الْمَوْلَى، لَا فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ ^(٢)، فَهَذَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْغَاصِبِ ثَانِيًا، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ: فَإِنَّ وَلِيَّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى اسْتَحَقَّ هَذَا النِّصْفَ بِسَبَبِ كَانٍ فِي ضَمَانِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«ع»، و«٢٥»، و«م»، و«ر».

(٢) في «الأصل» «العصب» والمثبت من: «٢٥»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

قَالَ (وَإِنْ كَانَ جَنَى عِنْدَ الْمَوْلَى فَعَصَبَ رَجُلٌ فَجَنَى عِنْدَهُ جِنَايَةٌ أُخْرَى عَلَى الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ لِقِيَمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِمَا بَيَّنَّا فِي الْفَضْلِ الْأَوَّلِ، غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ حَصَلَ بِالْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ إِذْ كَانَتْ هِيَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَيُدْفَعُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ

شأية البيان

الغاصب، فلهذا رَجَعَ عليه ثانياً، وبيان قيمة المُتَبَرِّ مَرَّ فِي بَابِ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ.
قوله: (لِمَا بَيَّنَّا فِي الْفَضْلِ الْأَوَّلِ)، أي: فيما إذا جَنَى المُتَبَرِّ هِيَ يَدِ الْغَاصِبِ، ثُمَّ فِي يَدِ الْمَوْلَى.

قوله: (غَيْرَ أَنَّ اسْتِحْقَاقَ النِّصْفِ حَصَلَ بِالْجِنَايَةِ الثَّانِيَةِ) ... إِلَى آخِرِهِ، نَصَبٌ عَلَى الْإِسْتِثْنَاءِ، ذَكَرَهُ فَرْقًا لِمُحَمَّدٍ بَيْنَ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَالثَّانِيَةِ، أَنَّ فِي الْأُولَى: كَانَ يَسْلَمُ النِّصْفُ الَّذِي رَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ لِلْمَوْلَى عِنْدَهُ، وَفِي الثَّانِيَةِ: لَا يَسْلَمُ لَهُ، بَلْ يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى، وَالْفَرْقُ مَا قَرَّرْنَاهُ آنِفًا.

قوله: (وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ)، أي: لَا يَرْجِعُ الْمَوْلَى مَرَّةً ثَانِيَةً بِالنِّصْفِ الَّذِي رَجَعَ^(١) بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ وَدَفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ الْأُولَى.

قوله: (وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ)، أي: عَدَمُ رَجُوعِ الْمَوْلَى عَلَى الْغَاصِبِ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ بِالْإِجْمَاعِ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى؛ فَإِنَّ ثَمَّةَ مَنْ كَانَ يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَأَبِي يُوسُفَ أَيْضًا مَرَّةً ثَانِيَةً، وَهُمَا يَخْتَلِفَانِ إِلَى الْفَرْقِ، وَالْفَرْقُ مَا قَرَّرْنَاهُ آنِفًا.

ثُمَّ أَعْلَمَ: أَنَّ الْقُدُورِيَّ رحمته الله ذَكَرَ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَخَذَهُ، وَذَكَرَ قَوْلَ زُقَرٍ وَأَبِي يُوسُفَ فِيهِ مَعَ مُحَمَّدٍ رحمته الله.

(١) فِي «الْأَصْلِ» «يَرْجِعُ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «م»، «وَلَمْ»، «وَلَمْ»، «وَلَمْ»، «وَلَمْ».

ثُمَّ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ:

قَالَ: وَمَنْ غَصَبَ [٢٧٣/١] عَبْدًا فَجَنَى فِي يَدِهِ ثُمَّ رَدَّهَ فَجَنَى جَنَابَةً أُخْرَى فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَتَيْنِ ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ فَيَدْفَعُهُ إِلَى الْأَوَّلِ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ فَيَسْلُمُ لَهُ، وَإِنْ جَنَى عِنْدَ الْمَوْلَى ثُمَّ غَصَبَهُ فَجَنَى فِي يَدِهِ دَفَعَهُ الْمَوْلَى نِصْفَيْنِ وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ قِيَمَتِهِ فَيَدْفَعُهُ إِلَى الْأَوَّلِ وَلَا يَرْجِعُ بِهِ.

كتاب العبد

قَوْلُهُ: (ثُمَّ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي الْعَبْدِ)، أَي: وَضَعَ مُحَمَّدٌ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَسْأَلَةَ الْعَبْدِ الْقَيْنِ، وَهِيَ أَنَّ رَجُلًا غَصَبَ عَبْدًا، فَكَتَلَ الْعَبْدُ عِنْدَهُ قَتِيلًا خَطَأً، ثُمَّ رَدَّ إِلَى مَوْلَاهُ فَكَتَلَ عِنْدَ الْمَوْلَى رَجُلًا خَطَأً، فَدَفَعَهُ مَوْلَاهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَتَيْنِ، قَالَ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ، وَيَدْفَعُ ذَلِكَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ [الأولى]، ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِنِصْفِ قِيَمَةِ أُخْرَى، وَيَسْلُمُ لَهُ هَذَا.

وَقَالَ [٢١٥/٣] مُحَمَّدٌ وَزُقَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: مَا أَخَذَ الْمَوْلَى مِنَ الْغَاصِبِ مِنْ نِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ بَعْدَ دَفْعِ الْعَبْدِ يَسْلُمُ لَهُ، وَلَا يُدْفَعُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى، وَلَوْ غَصَبَ [عَبْدًا] ^(١) كَانَ قَتْلُ عِنْدَ مَوْلَاهُ رَجُلًا خَطَأً، ثُمَّ قَتَلَ عِنْدَ الْغَاصِبِ قَتِيلًا خَطَأً، ثُمَّ رَدَّ عَلَى مَوْلَاهُ؛ فَإِنَّ الْمَوْلَى يَدْفَعُهُ بِالْجَنَابَتَيْنِ، وَيَرْجِعُ عَلَى [٢١٧/٨] الْغَاصِبِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَيَدْفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا، ثُمَّ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْغَاصِبِ بِشَيْءٍ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الْجَوَابَ فِي الْعَبْدِ الْقَيْنِ كَالْجَوَابِ فِي الْعَبْدِ الْمُدَبَّرِ فِي الْإِتْمَانِ وَالْإِخْلَافِ سَوَاءً، إِلَّا أَنَّ [هِيَ] ^(١) الْمُدَبَّرِ يَدْفَعُ الْقِيَمَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الثَّقَلُ مِنْ

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: ان، وادغ، وادفا، وادم، وادرا.

(وَالْحَوَابُ فِي الْعَبْدِ كَالْحَوَابِ فِي الْمُدَبِّرِ) فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، إِلَّا أَنْ
فِي هَذَا الْفَضْلِ يَدْفَعُ الْمَوْلَى الْعَبْدَ وَفِي الْأَوَّلِ يَدْفَعُ الْقِيَمَةَ.

قَالَ: وَمَنْ غَضِبَ مُدَبِّرًا، فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً، ثُمَّ رَدَّ عَلَى الْمَوْلَى، ثُمَّ
غَضِبَهُ، ثُمَّ جَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً؛ فَعَلَى الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مَنَعَ رَقَبَةً
وَاحِدَةً بِالتَّدْبِيرِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ (ثُمَّ يَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِأَنَّ
الْجَنَائَتَيْنِ كَانَتَا فِي يَدِ الْغَاصِبِ (فَيَدْفَعُ نِصْفَهَا لِي الْأَوَّلِ)؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ كُلَّ
الْقِيَمَةِ، لِأَنَّ عِنْدَ وَجُودِ الْجَنَايَةِ عَلَيْهِ لَا حَقَّ لغيرِهِ، وَإِنَّمَا اسْتَفْضَرَ بِحُكْمِ الْمُرَاحِمَةِ
مِنْ بَعْدِهِ.

غاية البيان

يَمْلِكُ إِلَى يَمْلِكُ، وَفِي الْقَيْنِ يَدْفَعُ نَفْسَ الْعَبْدِ، فَافْهَمُهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ غَضِبَ مُدَبِّرًا، فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً، ثُمَّ رَدَّ عَلَى الْمَوْلَى، ثُمَّ
غَضِبَهُ، ثُمَّ جَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً؛ فَعَلَى الْمَوْلَى قِيَمَتُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)، أَي: قَالَ
فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصَوَّرْتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَحْقُوتَ عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ رضي الله عنه: فِي مُدَبِّرٍ غَضِبَهُ رَجُلٌ،
فَجَنَى عِنْدَهُ جَنَايَةً، ثُمَّ رَدَّ عَلَى الْمَوْلَى، ثُمَّ غَضِبَهُ أَيْضًا فَجَنَى عِنْدَهُ، قَالَ: يَغْرَمُ مَوْلَى
الْمُدَبِّرِ قِيَمَةً وَاحِدَةً بَيْنَ وَلِيِّي الْجَنَائَتَيْنِ، ثُمَّ يَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ عَلَى الْغَاصِبِ قِيَاخُذَهَا،
فَيَدْفَعُ نِصْفَهَا إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ الْأُولَى، ثُمَّ يَرْجِعُ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ»^(١).

وَأَمَّا غَرَمَ الْمَوْلَى قِيَمَةً وَاحِدَةً لَوْلِيِّي الْجَنَائَتَيْنِ؛ لِأَنَّ جَنَايَاتِ الْمُدَبِّرِ وَإِنْ
كَثُرَتْ؛ لَا تُرْجَبُ إِلَّا قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ، فَيَرْجِعُ بِجَمِيعِ مَا ضَمِنَ عَلَى الْغَاصِبِ؛ لِأَنَّهُ
إِنَّمَا ضَمِنَ بِسَبَبِ جَنَايَةٍ كَانَتْ فِي ضِمَانِ الْغَاصِبِ، فَإِذَا رَجَعَ بِذَلِكَ دَفَعَ نِصْفَ
ذَلِكَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ الْأُولَى؛ لِأَنَّ حَقَّهُ كَانَ فِي جَمِيعِ الْقِيَمَةِ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه الداع الكبير» [ص ٥١١].

قَالَ (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ) لِأَنَّ الْإِسْتِحْقَاقَ يَسْبِقُ كَانٌ فِي يَدِهِ وَيَسْتَمُ لَهُ، وَلَا يَنْدَفَعُهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى، وَلَا إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الثَّانِيَةِ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ إِلَّا فِي النُّصْفِ لِسَبْقِ حَقِّ الْأَوَّلِ وَقَدْ وَصَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ. ثُمَّ قِيلَ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الْإِخْتِلَافِ كَالْأُولَى، وَقِيلَ: عَلَى الْإِتِّفَاقِ.

❦ هَذِهِ الْبَيَانُ ❦

وَأَمَّا وَصَلَ إِلَيْهِ النُّصْفُ بِمَزَاحِمَةِ الثَّانِي، فَوَذا وَجَدَ شَيْئًا مِنْ قِيَمَةِ الْمُدَبَّرِ فَارْعَا عَنْ الْمَزَاحِمَةِ أَخَذَهُ، ثُمَّ يَرْجِعُ أَمْوَالِي عَلَى الْغَاصِبِ بِهَذَا النُّصْفِ ثَانِيًا؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ عَلَيْهِ بِسَبَبِ كَانٍ فِي ضَمَانِ الْغَاصِبِ، فَيَسْتَلِمُ لِلْمَوْلَى هَذَا النُّصْفَ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى تَمَامَ حَقِّهِ، وَهُوَ كُلُّ الْقِيَمَةِ، وَكَذَا وَصَلَ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الثَّانِيَةِ تَمَامَ حَقِّهِ مِنْ قِيَمَةِ الْمُدَبَّرِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ كَانَ فِي النُّصْفِ، وَقَدْ وَصَلَ إِلَيْهِ النُّصْفُ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ وَصَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ)، أَي: وَصَلَ النُّصْفُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَابَةِ الثَّانِيَةِ.

قَوْلُهُ: (ثُمَّ قِيلَ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الْإِخْتِلَافِ كَالْأُولَى)، يَعْنِي: قَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ رحمهم الله: يَتَحَقَّقُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ خِلَافٌ ^(١) مُحَمَّدٍ رحمهم الله أَيْضًا كَمَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، حَتَّى يَسْتَلِمَ لِلْمَوْلَى مَا رَجَعَ بِهِ مِنَ الْقِيَمَةِ عَلَى الْغَاصِبِ، وَلَا يَأْخُذُ وَلِيُّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى بِبَاقِي حَقِّهِ.

قَوْلُهُ: (وَقِيلَ: عَلَى الْإِتِّفَاقِ)، يَعْنِي: لَا خِلَافَ لِمُحَمَّدٍ رحمهم الله فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، بَلْ يَأْخُذُ وَلِيُّ الْجَنَابَةِ الْأُولَى تَمَامَ حَقِّهِ، وَهُوَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ مِنَ الْمَوْلَى إِذَا رَجَعَ عَلَى الْغَاصِبِ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا رحمهم الله ذَكَرَ هَذِهِ [٤٦٦/٣] الْمَسْأَلَةَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» بِلا خِلَافٍ، وَهَكَذَا قَرَّرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ بِلا خِلَافٍ فَحَرَّرَ الْإِسْلَامَ وَعَبْرَهُ رحمهم الله فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، فَعَلَى هَذَا: يَحْتَاجُ مُحَمَّدٌ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ. وَالْفَرْقُ مَا ذَكَرَهُ فِي «الْمَتْنِ»: وَهُوَ أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ [٢١٨/٨] الْأُولَى: لَوْ أَخَذَ

(١) فِي «الْأَصْلِ» «الْخِلَافُ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «فَالْأَوَّلَى»، «وَالْأَوَّلَى»، «وَالْأَوَّلَى»، «وَالْأَوَّلَى».

وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ أَنَّ فِي الْأُولَى الَّذِي يَرْجِعُ بِهِ عَوَضٌ غَمًّا سَلَّمَ وَلِيَّ نَحْيَاةِ الْأُولَى لِأَنَّ الْجَنَايَةَ^(١) كَانَتْ فِي يَدِ الْمَالِكِ، فَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَانِيًا يَتَكَرَّرُ الْإِسْتِحْقَاقُ، فَأَمَّا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ عَوَضًا عَنِ الْجَنَايَةِ الثَّانِيَةِ يُحْصِرُهَا فِي يَدِ الْغَاصِبِ فَلَا يُؤَدِّي إِلَيْنَا مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: وَمَنْ غَضَبَ صَبِيًّا حُرًّا، فَمَاتَ فِي يَدِهِ فُجَاءَةً، أَوْ بِحُمَى، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ صَاعِقَةٍ، أَوْ نَهَشَتْهُ حَيَّةٌ، فَعَلَى عَاقِلَةِ الْغَاصِبِ [٢٧٣] الدِّيَّةُ وَهَذَا اسْتِحْقَاقٌ. وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَضْمَنَ فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ رُفْعٍ

﴿عَلَيْهِ السَّلَامُ﴾

وَلِيَّ الْجَنَايَةِ الْأُولَى؛ يَتَزَمُّ تَكَرُّرُ الْإِسْتِحْقَاقِ؛ لِأَنَّ مَا رَجَعَ بِهِ الْمَوْلَى عَلَى الْغَاصِبِ عَوَضٌ مَا أَخَذَهُ وَلِيَّ الْجَنَايَةِ الْأُولَى؛ لِأَنَّ الْجَنَايَةَ الثَّانِيَةَ كَانَتْ فِي يَدِ الْمَوْلَى، فَلَا جُلْ هَذَا سَلَّمَ ذَلِكَ لِلْمَوْلَى عِنْدَهُ، كَيْلَا يَلْزَمَ اجْتِمَاعُ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مِلْكٍ وَاحِدٍ، وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ يُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ عَوَضًا عَنِ الْجَنَايَةِ الثَّانِيَةِ الَّتِي وَقَعَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، فَلَا يُؤَدِّي إِلَى تَكَرُّرِ الْإِسْتِحْقَاقِ.

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْجَنَايَةَ كَانَتْ فِي يَدِ الْمَالِكِ)، أَي: الْجَنَايَةُ الثَّانِيَةُ كَانَتْ فِي يَدِ الْمَوْلَى.

قَوْلُهُ: (فَلَا يُؤَدِّي إِلَيْنَا مَا ذَكَرْنَاهُ)، أَي: إِلَى تَكَرُّرِ الْإِسْتِحْقَاقِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ غَضَبَ صَبِيًّا حُرًّا، فَمَاتَ فِي يَدِهِ فُجَاءَةً، أَوْ بِحُمَى، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ صَاعِقَةٍ، أَوْ نَهَشَتْهُ حَيَّةٌ، فَعَلَى عَاقِلَةِ الْغَاصِبِ الدِّيَّةُ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٢).

وَأَرَادَ بِغَضَبِ الصَّبِيِّ أَخْذَهُ بِسَبِيلِ التَّمْدِيدِ؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْغَضَبِ - وَهُوَ أَخْذُ

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «ح. الدِّيَّة»

(٢) يَطْرُقُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ السَّامِعِ الْكَبِيرِ، ص ٥١٢ |

وَالشَّافِعِيُّ، لِأَنَّ الْعَصَبَ فِي الْحُرِّ لَا يَتَحَقَّقُ، أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُكَاتَبًا صَغِيرًا لَا يَضْمَنُ مَعَ أَنَّهُ حُرٌّ يَدًا، فَإِذَا كَانَ الصَّغِيرُ حُرًّا رَقَبَةً وَيَدًا أُولَى.

غاية البيان

مال الغير بسبيل التعدي - لا يكون إلا في المال لا في غيره.

وقال زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ^(١) : لَا تَجِبُ شَيْءٌ، وَهُوَ الْقِيَاسُ.

وجه القياس: أَنَّهُ لَوْ وَجَبَ الضَّمَانُ لَوَجِبَ بِالْعَصَبِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ الْعَصَبُ فِي الْحُرِّ، فَلَا يَضْمَنُ قِيَاسًا عَلَى مَا لَوْ مَاتَ فُجَاءَةً، أَوْ مَاتَ بِحُمَّى، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا غَصَبَ مُكَاتَبًا صَغِيرًا؛ لَكُونَهُ حُرًّا يَدًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ حُرًّا رَقَبَةً، فَلَا أَنْ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ فِي الصَّبِيِّ الْحُرِّ أُولَى؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ رَقَبَةً وَيَدًا.

وجه الاستحقاق: أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ غَصَبَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ فِي الْحُرِّ، وَإِنَّمَا يَضْمَنُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ إِتْلَافٌ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ الصَّبِيَّ تَسْيِيًا، وَالْمُسَبَّبُ يَضْمَنُ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًا، وَهُوَ مُتَعَدٍّ لَا شَكَّ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِلَا إِذْنٍ لَوْلِيٍّ، وَسَبَّبَ فِي إِتْلَافِهِ بِالتَّقْلِ إِلَى الْمُسَبَّعَةِ^(٢)، وَمَكَانِ الصَّوَاعِقِ.

وهذا لِأَنَّ السَّعَّ وَالصَّاعِقَةَ لَا يَكُونَانِ فِي كُلِّ مَكَانٍ؛ فَيَكُونُ ضَامِنًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتَ فُجَاءَةً أَوْ بِحُمَّى؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَحْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَكَانِ حَتَّى لَوْ نَقَلَهُ إِلَى مَوْضِعٍ وَبِيٍّ، وَهُوَ مَخْصُوصٌ بِالْحُمَّى وَالْأَمْرَاضِ، قَالُوا: يَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ.

والجوابُ عَنْ مَسْأَلَةِ الْمُكَاتَبِ الصَّغِيرِ: إِنَّ الْمُكَاتَبَ فِي يَدِ نَفْسِهِ صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا، وَلِهَذَا لَا يَرْوِّجُهُ أَحَدٌ، فَصَارَ كَالْحُرِّ الْكَبِيرِ، فَلَمْ يَكُنْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، وَالصَّبِيُّ الْحُرُّ لَيْسَ لَهُ [٢١٨/٨ ط م] يَدٌ، وَلِهَذَا يَرْوِّجُهُ وَلِيُّهُ، فَكَانَ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، فَظَهَرَ الْفَرْقُ، وَإِنَّمَا وَجَبَ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لَكُونِهِ قَتْلًا تَسْيِيًا، وَلَوْ قَتَلَ الصَّبِيَّ

(١) ينظر: «كفاية النبيه» لابن ترمذه [٤٩٠/١٠].

(٢) الْمُسَبَّعَةُ: الْأَرْضُ الْكَثِيرَةُ السُّبَاعِ وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ.

وَحُهُ الْإِسْبَحْسَانِ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ بِالْعَصَبِ وَلَكِنْ يَضْمَنُ بِالْإِثْلَافِ ، وَهَذَا
إِثْلَافٌ تَنْسِيئًا لِأَنَّهُ نَقَلَهُ إِلَى أَرْضٍ مَشْبَعَةٍ أَوْ إِلَى مَكَانِ الصَّوَاعِقِ ، وَهَذَا لِأَنَّ
الصَّوَاعِقَ وَالْحَيَاتِ وَالسَّاعَ لَا تَكُونُ فِي كُلِّ مَكَانٍ ، فَإِذَا نَقَلَهُ إِلَيْهِ فَهُوَ مُتَعَدٍّ فِيهِ
وَقَدْ أَرَالَ حِفْظَ الْوَلِيِّ فَيُصَافُ إِلَيْهِ ، لِأَنَّ شَرْطَ الْعِلَّةِ يُنْزَلُ مَثَرَتُهُ الْعِلَّةُ إِذَا كَانَ
تَعَدِّيًّا كَالْحَقْرِ فِي الطَّرِيقِ ، بِخِلَافِ الْمَوْتِ فَجَاءَهُ أَوْ بِحُمَى ، لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْتَلِفُ
بِاخْتِلَافِ الْأَمَاكِينِ ، حَتَّى لَوْ نَقَلَهُ إِلَى مَوْصِعٍ يَغْلِبُ فِيهِ الْحُمَى وَالْأَمْرَاضُ نَقُولُ
بِأَنَّهُ يَضْمَنُ فَتَجِبُ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَقْلَةِ لِكَوْنِهِ قَتْلًا تَنْسِيئًا .

غاية البيان

رَحُلًا لَمْ يَكُنْ [٤١٦/٢] عَلَى الَّذِي اغْتَصَبَهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِيهِ ، وَالَّذِي غَصَبَهُ
لَيْسَ بِمُسَبَّبٍ فِي ذَلِكَ ، فَلَا يَضْمَنُ شَيْئًا .

وَذَا حَمَلَ الرَّجُلُ الصَّبِيَّ لِحُرٍّ عَلَى دَابَّةٍ ، وَقَالَ لَهُ : أَفْسِكْهَا ، وَلَيْسَ مِنْهُ
بَسِيلٌ ، فَسَقَطَ الصَّبِيُّ عَنِ الدَّابَّةِ فَمَاتَ ؛ وَالرَّجُلُ ضَامِنٌ لِذِيئِهِ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، سِوَا
كَانَ صَبِيًّا يَرْكَبُ مِنْهُ ، أَوْ لَا يَرْكَبُ ؛ لِأَنَّ الْحَامِلَ سَبَبٌ لِقَتْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَا حَمْلُهُ لَمَا
سَقَطَ ، وَهُوَ مُتَعَدٍّ فِي ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِسَبِيلٍ مِنْهُ شَرْعًا ، وَالْمُسَبَّبُ كَالْمَبَاشِرِ فِي
هَذَا الْبَابِ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّيًّا ، أَصْلُهُ : حَافِرُ الْبُئْرِ .

وَلَوْ سَارَ الصَّبِيُّ فَأَوْطَأَ إِنْسَانًا فَقَتَلَهُ وَهُوَ يَسِيرُ عَلَى الدَّابَّةِ ، يَسْتَمْسِكُ عَلَى
الدَّابَّةِ ، فَدِيَّةُ الْقَتِيلِ عَلَى عَاقِلَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَحْدَثَ السَّيْرَ بِعَمَلِ الرَّحْلِ ، يُرِيدُ بِهِ أَنَّهُ
مُخْتَارٌ فِي تَسْيِيرِ الدَّابَّةِ ، وَهَذَا شَيْءٌ حَدَثَ سَيْرِ الدَّابَّةِ ، وَهُوَ مُصَافٌ إِلَى الصَّبِيِّ لَا
إِلَى الْحَامِلِ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِسَيْرِ الدَّابَّةِ .

وَلَوْ كَانَ صَبِيًّا فَقَدْ اعْتَرَضَ عَلَيْهِ فِعْلُ فَاعِلٍ مُخْتَارٍ ، وَانْقَطَعَ نِسْبَةُ أَثَرِ اسْتِ
مِنْهُ ، وَلَوْ كَانَ الصَّبِيُّ لَا يَسْتَمْسِكُ عَلَى الدَّابَّةِ ، وَلَا يُسِيرُ الدَّابَّةَ ، فَدَمُ الْقَتِيلِ هَدَرٌ ؛
لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ لَا يُصَافُ إِلَيْهِ ، وَلَا إِلَى الْحَامِلِ ، فَصَارَ قَتِيلُ الدَّابَّةِ ، وَيَهْدِرُ دَمُهُ

قَالَ: وَإِذَا أُوْدِعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ؛ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَّةُ، وَإِنْ أُوْدِعَ طَعَامًا، فَأَكَلَهُ؛ لَمْ يَضْمَنْ رَمَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عليهما السلام. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ:

عَلَى الْبَيْتِ

وَلَوْ كَانَ الصَّبِيُّ مُسْتَمْسِكًا عَلَيْهَا، أَوْ غَيْرَ مُسْتَمْسِكٍ، فَسَارَتْ الدَّابَّةُ لَوْعَ الصَّبِيِّ، وَهُوَ يَسِيرُ فَمَاتَ؛ فِدْيَتُهُ عَلَى عَاقِلَةٍ لَّذِي حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ؛ لِأَنَّ السُّنُوطَ مِنْ مُسَبِّبَاتِ الْحَمْلِ، سَارَتْ الدَّابَّةُ، أَوْ لَمْ تَسِرْ، فَنسَبَ إِلَى الْحَمْلِ بِشَرْطِ التَّعْدِي.

وَإِذَا حَمَلَ الرَّجُلُ صَبِيًّا مَعَ نَفْسِهِ عَلَى دَابَّةٍ، وَمِثْلُهُ لَا يَصْرِفُ الدَّابَّةَ، وَلَا يَسْتَمْسِكُ عَلَيْهَا، قَوَّطَتْ الدَّابَّةُ إِنْسَانًا فَقَتَلَتْهُ؛ فَالدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّجُلِ؛ لِأَنَّ سَيْرَ الدَّابَّةِ يُضَافُ إِلَى الرَّجُلِ، وَالصَّبِيُّ بِمَنْزِلَةِ حَمْلٍ عَلَيْهِ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ؛ لِأَنَّهُ بِالسَّيْرِ يَسْتَعْمِلُ رِجْلَ الدَّابَّةِ فِي السَّيْرِ، فَصَارَ رِجْلُ الدَّابَّةِ كَرِجْلِهِ، فَكَأَنَّهُ وَطِئَ بِرِجْلِ نَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ يَكُونُ قَاتِلًا بِطَرِيقِ الْمُبَاشَرَةِ، فَتَلَزَمَ الْكَفَّارَةُ، كَذَا هَذَا.

وَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مِمَّنْ يُصْرِفُ الدَّابَّةَ، وَيَسِيرُ عَلَيْهَا وَيَسْتَمْسِكُ؛ فَالدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ سَيْرُ الدَّابَّةِ مُضَافًا إِلَيْهِمَا، فَمَا حَدَثَ بِسَبَبِ السَّيْرِ [م. ٢١٩. ٨] يَكُونُ عَلَيْهِمَا، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّجُلِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي فِعْلِ التَّنْسِيرِ لَيْسَ بِمَحْمُولٍ مِنْ جِهَةِ الرَّجُلِ كَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِيَّجَابِيُّ فِي «شرح الكافي» فِي بَابِ جِنَايَةِ الصَّبِيِّ.

يُقَالُ: نَهَشَتْهُ الْحَنَّةُ نَهَشًا؛ إِذَا عَضَّتْهُ، وَهُوَ بِالشَّيْنِ الْمَعْجَمَةِ وَالْمَهْمَلَةِ جَمِيعًا. قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا أُوْدِعَ صَبِيٌّ عَبْدًا فَقَتَلَهُ؛ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَّةُ، وَإِنْ أُوْدِعَ طَعَامًا، فَأَكَلَهُ؛ لَمْ يَضْمَنْ)، أَي: قَالَ فِي «الجامع الصغير».

وَصَوَّرْتُهَا لِيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي [١٦٧/٣] حَنِيفَةَ عليهما السلام؛ فِي رَجُلٍ قَدْ أُوْدِعَ صَبِيًّا قَدْ عَقَلَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ، قَالَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَإِنْ أُوْدِعَهُ غُلَامًا فَقَتَلَهُ،

بِضَمِّهِ فِي التَّوْحِيدِ جَمِيعًا، وَغَنَى هَذَا إِذَا أُوْدِعَ الْعَبْدُ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ مَالًا فَاسْتَهْلَكَهُ لَا يُؤَاخَذُ بِالصَّمَانِ فِي الْحَالِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُؤَاخَذُ بِهِ بَعْدَ الْيَقِينِ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَالشَّافِعِيِّ يُؤَاخَذُ بِهِ فِي الْحَالِ.

غاية البيان

قَالَ: هُوَ ضَامِنٌ لِقِيَمَتِهِ عَلَى الْعَاقِلَةِ^(١) إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ». وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الصَّبِيُّ ضَامِنٌ بِطَعَامٍ أَيْضًا. وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ كَقَوْلِ أَبِي يُوسُفَ.

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ: فِي «شرح الجامع الصغير». «وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ، فَأَمَّا الَّذِي لَا يَعْقِلُ: فَيَجِبُ أَنْ يَضْمَنَ بِالْإِحْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ تَسْلِيْطُهُ هَذَرٌ، وَفِعْلُهُ مُعْتَرٍ، وَالْاِخْتِلَافُ ثَابِتٌ فِي الْعَبْدِ الْمَحْجُورِ أَيْضًا، وَهُوَ بَنُ سَبْعِينَ سَنَةً مَثَلًا، وَالْاِخْتِلَافُ فِي الْإِبْدَاعِ، وَالْإِعْرَةِ، وَالْقَرْضِ، وَالْبَيْعِ، وَكُلُّ وَجْهِ مِنْ وَجْهِ التَّسْلِيمِ إِلَيْهِ وَاحِدٌ». كَذَا قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ.

وَقَالَ الْإِمَامُ الْأَنْبِجَابِيُّ: فِي «شرح الطحاوي» فِي كِتَابِ الْوَدِيعَةِ: «وَمَنْ أُوْدِعَ عَبْدَ صَبِيٍّ مَالًا فَهَلَكَ عِنْدَهُ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالْإِحْمَاعِ، وَلَوْ سَتَهَلَكَ الصَّبِيُّ، فَإِنَّهُ يُنْتَظَرُ: إِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مَأْذُونًا فِي التَّجَارَةِ: ضَمِنَ عَنْهُمْ جَمِيعًا، وَإِنْ كَانَ مَحْجُورًا عَلَيْهِ، وَلَكِنَّهُ قَبْلَ لَوْدِيعَةٍ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ: ضَمِنَ بِالْإِحْمَاعِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ بَعْرِ إِذْنِ وَلِيِّهِ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لَا لِلْحَالِ، وَلَا بَعْدَ الْإِدْرَاكِ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يَضْمَنُ فِي الْحَالِ.

وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَوْ اسْتَهْلَكَ مَالٌ لغيرِ مَنْ عَمِرَ أَنْ يَكُونَ وَدِيعَةً عِنْدَهُ: ضَمِنَ لِلْحَالِ، وَلَوْ كَانَتْ الْوَدِيعَةُ عَبْدًا، فَقَتَلَهُ الصَّبِيُّ: كَانَتْ دِيْنَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالْإِحْمَاعِ،

(١) بَطْر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النامع الكبير» [ص ٥١٢]

.....

شَاحِبَةُ الْمَبَارِ

وَلَوْ جَنَى عَلَيْهِ فَمَا دُونَ النَّفْسِ ؛ كَانَ أَرْضُهُ فِي مَالِ الصَّبِيِّ بِالْإِجْمَاعِ ، وَلَوْ أَوْدَعَ
عِنْدَ عَبْدٍ وَدِيعَةً ، فَهَلَكَتْ عِنْدَهُ ؛ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ .

وَلَوْ اسْتَهْلَكَهُ : إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التَّجَارَةِ [٢١٩/٨] ، أَوْ مَحْجُورًا عَلَيْهِ ،
وَلَكِنَّهُ قَبْلَ الْوَدِيعَةِ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ ؛ ضَمِنَ بِالْإِجْمَاعِ ، وَيَكُونُ دَيْنًا عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ
مَحْجُورًا عَلَيْهِ ، وَقَبْلَ الْوَدِيعَةِ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ ؛ لَا يَضْمَنُ فِي الْحَالِ ، وَلَكِنْ يَضْمَنُ
بَعْدَ الْعَتَقِ إِنْ كَانَ بِالْغَا عَاقِلًا عِنْدَ أَبِي حَبِيبَةَ وَمُحَمَّدٍ ، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ .
يَضْمَنُ [فِي الْحَالِ] ^(١) .

وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَوْ اسْتَهْلَكَ مِنْ غَيْرِ إِيدَاعِ ضَمِنَ ، وَأَجْمَعُوا أَنَّهُ لَوْ كَانَتِ الْوَدِيعَةُ
عَبْدًا ، فَجَنَى عَلَيْهِ فِي النَّفْسِ ، أَوْ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ؛ يُؤَاخِذُ بِهِ ، وَيُخَاطَبُ مَوْلَاهُ
بِالدَّفْعِ ، أَوْ الْفِدَاءِ ^(٢) . كَذَا فِي «شرح الطحاوي» .

وَجَهَّ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ : أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مَعْصُومًا حَقًّا لِمَالِكِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،
فَيَضْمَنُهُ ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ الْمَحْجُورَ وَالْعَبْدَ الْمَحْجُورَ يُؤَاخِذَانِ بِأَفْعَالِهِمَا ، وَإِنْ لَمْ
يُؤَاخِذَا بِأَقْوَالِهِمَا - وَالْإِسْتِهْلَاكُ فِعْلٌ - فَيَجِبُ [٢١٩/٣] الضَّمَانُ ، وَهَذَا لِأَنَّ
الْإِسْتِهْلَاكَ فِعْلٌ حِسِّيٌّ ، فَوَجَبَتِ الْمُؤَاخِذَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَرَدَّ لِلْأَفْعَالِ الْحِسِّيَّةِ ، وَإِنَّمَا
يَكُونُ ذَلِكَ فِي التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ ، فَكَانَ الْمَحْجُورُ وَغَيْرُ الْمَحْجُورِ سَوَاءً ، وَلِهَذَا
إِذَا كَانَتِ الْوَدِيعَةُ عَبْدًا ، أَوْ أَمَةً ، فَأَتْلَفَهُ يَضْمَنُ بِالْإِثْمَانِ ، وَكَذَلِكَ يَضْمَنُ إِذَا كَانَ
مَأْذُونًا فِي التَّجَارَةِ .

وَلَأَبِي حَبِيبَةَ وَمُحَمَّدٍ : أَنَّ الْمَالِكَ سَلَطَهُ عَلَى الْإِثْلَافِ ، وَالْإِسْتِهْلَاكِ ،
فَإِذَا أَتْلَفَهُ كَانَ مُتْلَفًا لَهُ بِتَسْلِيطِ الْمَالِكِ عَلَيْهِ ، فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَيْهِ .

(١) فِي «الْأَصْلِ» : «الْحَالِ» وَالْمَشْتَبُ مِنْ «٢١٩» ، وَ«م» ، وَ«ن» ، وَ«ع» ، وَ«ر» .

(٢) يَنْظُرُ : «شرح مختصر الطحاوي» لِلْأَشْيَخَانِ [٢١٩/ق] .

عنه ليد

إذا أودع صبيًا.

قلنا: إلقاء المال في البرية رضا منه بإتلاف من ليس بمُعَيَّن، والإباحة لمن ليس بمُعَيَّن لا يَتَعَلَّقُ بها حُكْمٌ، بحلافِ القِرْعِ، كَمَنْ قَالَ: أَبَحْتُ إِتْلَافَ مَالِي لَوَاحِدٍ مِنَ النَّاسِ؛ فَإِنْ مُتْلِفَهُ يَضْمَنُ، وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ، فَاتْلَفَهُ؛ لَا يَضْمَنُ. كما في «مختصر الأسرار».

أَوْ نَقُولُ: إِنَّ الْمَالَ كَانَ مَعْصُومًا حَقًّا لِلْمَالِكِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَاحَاً مَخْلُوقًا لِمَنْفَعَةِ النَّاسِ جَمِيعًا، وَالْعِصْمَةُ ثَبَتَتْ فِيهِ لِلْمَالِكِ بِيَدِهِ عَلَيْهِ، فَإِذَا أزال يَدَهُ عَنْهُ بِإِبْدَاعِهِ عَدَا مَنْ لَا يَضْلُحُ يَدُهُ خَلْفًا عَنْهُ؛ أزال حِفْظَهُ عَنْهُ؛ لِأَنَّ يَدَ الصَّبِيِّ الْمَحْجُورِ لَا يَضْلُحُ خَلْفًا عَنْهُ؛ لِعَدَمِ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ، وَيَدُ الصَّبِيِّ [يَدٌ] ^(١) مَانِعَةٌ لِيَدِ الْغَيْرِ، فَتَزُولُ بِيَدِ [٤٦٨/٣] الصَّبِيِّ يَدُ الْمَالِكِ عَنْهُ، فَتَزُولُ الْعِصْمَةُ أَيْضًا لِزَوَالِ يَدِ الْمَالِكِ، ثُمَّ إِذَا أَتْلَفَهُ الصَّبِيُّ يَكُونُ مُتْلِفًا مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ، وَمَنْ أَتْلَفَ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ؛ لَا يَحِبُّ عَلَيْهِ الصَّحَّانُ، كإِتْلَافِ مَالِ الْحَرْبِيِّ، وَهَذَا بَيَانُ مَا اقْتَضَاهُ تَقْرِيرُ «الْهُدَايَةِ».

وَلِقَائِلِ أَنْ يَقُولَ: لَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ أزال يَدَهُ لَا إِلَى خَلْفٍ، بَلْ إِلَى خَلْفٍ، وَهُوَ يَدُ الْمُودِعِ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ يَدَ الصَّبِيِّ لَا يَضْلُحُ خَلْفًا عَنْ يَدِ الْمَالِكِ.

غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ: أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ وَجوبِ الْحِفْظِ، وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ وَجوبِ الْحِفْظِ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ، وَالْعَالِبِ مِنْ حَالِ الصَّبِيِّ الْعَاقِلِ هُوَ الْحِفْظُ، وَلِهَذَا لَوْ دَفَعَ الْوَصِيُّ إِلَيْهِ الْمَالَ يَجُورُ وَلَا يَضْمَنُ الْوَصِيُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتْرَكِ النَّظَرَ.

وَلَبِنُ سَلَّمْنَا أَنَّهُ أزال الْيَدَ مِنْ غَيْرِ خَلْفٍ فَنَقُولُ: ثَبُوتُ الْيَدِ لِثَبُوتِ الْعِصْمَةِ

(١) ما بين المعقوفين زيادة من «أ»، و«ع»، و«أ»، و«أ»، و«م»، و«ر»

وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْإِقْرَاضُ وَالْإِعَارَةُ فِي الْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ .

وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: صَبِيٌّ قَدْ عَقَلَ ، وَفِي الْجَامِعِ الْكَبِيرِ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي صَبِيٍّ ابْنِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيْرَ الْعَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ ، لِأَنَّ التَّسْلِيْطَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ وَفِعْلُهُ مُعْتَبَرٌ .

هذه لبيان

يُشَرِّطُ ابْتِدَاءً ، أَمَّا بَعْدُ ثَبُوتِ الْعَصْمَةِ ، فَلَا سُلْمٌ أَنَّ دَوَامَ الْيَدِ شَرْطٌ لِدَوَامِ الْعَصْمَةِ ؛ لِأَنَّ دَوَامَ الْحُكْمِ مُسْتَعْنٍ عَنْ دَوَامِ السَّبَبِ ، فَبَقِيَ الْمَالُ مَعْصُومًا مُتَّفَقًا ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الضَّمَانُ .

وَلَكِنْ الْجَوَابُ الصَّحِيحُ مَا قُلْنَا . إِنَّ التَّسْلِيْطَ يُخْرِجُ الْفِعْلَ مِنْ أَنْ يَكُونَ سَبَبًا مُوجِبًا لِلضَّمَانِ ؛ لِأَنَّهُ رِضًا بِاتِّلَافِهِ ، وَالْبَاقِي [٢٧٠: ٨ ط ٢] يُعْلَمُ فِي نُسْخِ «طَرِيقَةِ الْخِلَافِ» لِأَصْحَابِنَا .

قَوْلُهُ: (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ الْإِقْرَاضُ) ، بِعَنِي: إِذَا اقْرَضَ الصَّبِيَّ شَيْئًا ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، أَوْ بَاعَ مِنْهُ شَيْئًا ، وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ [فَاسْتَهْلَكَهُ ؛ لَا] ^(١) يَضْمَنُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ .

قَوْلُهُ: (وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ غَيْرَ الْعَاقِلِ يَضْمَنُ بِالِاتِّفَاقِ) ، أَي: الَّذِي ذَكَرَهُ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَضَعَ الْمَسْأَلَةَ فِي صَبِيٍّ عَاقِلٍ كَمَا رَوَيْنَا ، وَكَذَلِكَ يَدُلُّ مَا ذَكَرَهُ فِي «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ» ^(٢) أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ وَضَعَهَا فِي صَبِيٍّ ابْنِ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ مِنْ حَالِ الصَّبِيِّ فِي هَذَا السَّنِ أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» هُوَ مَذْهَبُ فَخْرِ الْإِسْلَامِ ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ .

وَقَالَ بَعْضُ مُشَابِغِنَا : إِنَّ الصَّبِيَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَاقِلًا لَا يَضْمَنُ فِي قَوْلِهِمْ

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْظُوفِينَ: رِيَادَةُ مَنْ: «ن» ، «ع» ، «و» ، «هـ» ، «م» ، «ل» ، «ر» .

(٢) فِي «الْأَصْلِ»: «الصَّغِيرِ» . وَالْمَنْبُتُ مِنْ «٢٧٠» ، «م» ، «و» ، «ن» ، «ع» ، «ل» ، «ر» .

لَهُمَا أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا مُتَقَرِّمًا مَعْصُومًا حَقًّا لِمَالِكِهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ عَبْدًا وَكَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ الْمُوَدَّعِ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا غَيْرَ مَعْصُومٍ فَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ كَمَا إِذَا أَتْلَفَهُ [١/١٧٤] بِإِذْنِهِ وَرِضَاهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْعِصْمَةَ تَثْبُتُ حَقًّا لَهُ وَقَدْ قُوَّتْهَا عَلَى نَفْسِهِ حَيْثُ وَضَعَ الْمَالُ فِي يَدِ مَانِعَةٍ فَلَا يَتَقَى مُسْتَحِقًّا لِلنَّظَرِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ غَيْرُهُ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي الْحِفْظِ، وَلَا إِقَامَةً هَاهُنَا لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَى الْإِسْتِقْلَالِ عَلَى الصَّبِيِّ وَلَا لِلصَّبِيِّ عَلَى نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الْبَالِغِ وَالْمَأْذُونِ لَهُ لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةَ عَلَى أَنْفُسِهِمَا وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْوَدِيعَةُ عَبْدًا لِأَنَّ عِصْمَتَهُ لِحَقِّهِ إِذْ هُوَ مُبْقَى عَلَى أَصْلِ الْحُرِّيَّةِ فِي حَقِّ الدَّمِّ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَتِ الْعِصْمَةُ بِالإِضَافَةِ إِلَى الصَّبِيِّ^(١) دُونَ غَيْرِهِ.

قَالَ: وَإِنْ اسْتَهْلَكَ مَالًا ضَمِنَ يُرِيدُ بِهِ مِنْ غَيْرِ إِيْدَاعٍ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ يُؤَاخِذُ

غاية البيان

جميعاً، وإليه ذهب قاضي خان رحمته الله في «شرح الجامع الصغير».

قوله: (وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَتْلَفَهُ غَيْرُ الصَّبِيِّ فِي يَدِ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَتِ الْعِصْمَةُ بِالإِضَافَةِ إِلَى الصَّبِيِّ دُونَ غَيْرِهِ)، يَعْنِي: أَنَّ الْمُتْلَفَ لِلْوَدِيعَةِ إِذَا كَانَ غَيْرَ الصَّبِيِّ الْمُوَدَّعِ يَضْمَنُهَا؛ لِأَنَّ عِصْمَةَ الْوَدِيعَةِ إِنَّمَا سَقَطَتْ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ الْمُوَدَّعِ فَحَسَبُ، وَلَمْ تَسْقُطْ فِي حَقِّ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْعِصْمَةَ سَقَطَتْ بِالتَّسْلِيْطِ، وَلَمْ يُوجَدْ التَّسْلِيْطُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، كَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ يَنْقُطُ عِصْمَةُ دَمِهِ فِي حَقِّ مَنْ وَجَبَ لَهُ الْقِصَاصُ فَحَسَبُ، حَتَّى يَبْقَى مَعْصُومَ الدَّمِّ فِي حَقِّ غَيْرِهِ.

قوله: (قَالَ: وَلَوْ اسْتَهْلَكَ مَالًا ضَمِنَ)، أَي: قَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله فِي «الْجَامِعِ

(١) زاد بعده في (ط): فالذي وضع في يده المال.

بِأَفْعَالِهِ ، وَصِحَّةُ الْقَصْدِ لَا مُعْتَبَرُ بِهَا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ .

﴿ غاية البيان ﴾

الصَّغِيرُ « فِي الصَّبِيِّ يَسْتَهْلِكُ الْأَمْوَالَ لِرَجُلٍ ، قَالَ : « هُوَ ضَامِنٌ » ^(١) .

وهذا في غير الوديعة ، وفيه اتفاق ، وفي الوديعة إذا استهلكها خلاف سبق
أنفاً ، وإنما ضَمِنَ لأنَّ الصَّغَرَ يُوجِبُ الْحَجَرَ فِي الْأَقْوَالِ دُونَ الْأَفْعَالِ ، فَكَانَ
مُؤَاخَذًا بِفِعْلِهِ إِذَا كَانَ صَالِحًا لِحُكْمِهِ ، [لعموم قوله] ^(٢) تعالى [١٦٨/٣] : ﴿ قَدْ قَرِنَ
أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩١] ، وقوله ﷺ : « عَلَى
الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّ » ^(٣) ؛ لَأَنَّهُ لَا فَضْلَ فِي الْآيَةِ وَالْحَدِيثِ بَيْنَ الصَّبِيِّ وَغَيْرِهِ .
وَلَا يُقَالُ : إِنَّ الصَّبِيَّ رَفَعَ عَنْهُ الْقَلَمُ بِالْحَدِيثِ ^(٤) ، فَكَيْفَ وَجَبَ عَلَيْهِ
الضَّمَانُ ؟

لأنَّ رَفَعَ الْقَلَمَ يَدُلُّ عَلَى رَفْعِ الْإِثْمِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ رَفْعِ الْإِثْمِ نَقْيُ الصَّمَانِ ،
كَمَا فِي النَّاسِ إِذَا الْقَلْبَ عَلَى شَيْءٍ فَاتْلَقَهُ .

والله تعالى أعلم .



(١) ينظر : «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص / ٥١٢] .

(٢) في «الأصل» : «لَقَوْلِهِ» والمثبت من : «٢٤١» ، و«م» ، «وأن» ، «ولع» ، و«ر» .

(٣) ماضي تحريجه .

(٤) ماضي تحريجه .

بَابُ الْقَسَامَةِ

قَالَ (وَإِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ وَلَا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ أُسْتَحْلِفَ خُمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ . يَسْخِرُهُمُ الْوَلِيُّ بِاللَّهِ مَا قَتَلَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا).

في غايه الديان

بَابُ الْقَسَامَةِ

لَمَّا كَانَ يَتَوَلَّى أَمْرَ الْقَتِيلِ إِلَى الْقَسَامَةِ إِذَا لَمْ يُعْرِفْ قَاتِلَهُ : شَرَعَ فِي بَيَانِهَا ، لَأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَيْهَا عَلَى ذَلِكَ [٢٢١/٨] التَّقْدِيرِ .

ثُمَّ الْقَسَامَةُ : عِبَارَةٌ عَنِ الْإِيمَانِ الَّتِي تُعْرَضُ عَلَى خُمْسِينَ رَجُلًا [مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ، أَوْ الدَّارِ ، إِذَا وَجِدَ فِيهَا قَتِيلًا لَمْ يُعْرِفْ قَاتِلَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَتَلَخَّ الرُّجَالُ خُمْسِينَ رَجُلًا] ^(١) ؛ تُكَوِّرُ الْيَمِينَ إِلَى أَنْ تَتِمَّ خُمْسِينَ يَمِينًا ، وَسِيقُهَا وَجُودُ قَتِيلٍ لَا يُدْرَى قَاتِلُهُ فِي مَحَلَّةٍ ، أَوْ دَارٍ ، أَوْ فِي مَوْضِعٍ يَقْرُبُ مِنَ الْقَرْيَةِ ، بِحَيْثُ يُسْمَعُ الصَّوْتُ مِنْ شَرْطِهَا : أَنْ يَكُونَ الَّذِي يُقْسِمُ رَجُلًا عَاقِلًا بِالْغَا حُرًّا ، حَتَّى لَا تَجِبُ الْقَسَامَةُ عَلَى الْمَرْأَةِ ، وَالْمَجْنُونِ ، وَالصَّبِيِّ ، وَالْعَبْدِ .

وَمِنْ شَرْطِهَا : أَنْ يَكُونَ بِالْمَيْتِ أَثَرُ الْقَتْلِ ، نَحْوُ الضَّرْبِ ، وَالْحَنْزِ ، وَالْجِرَاحَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْأَثَرُ مَوْجُودًا ؛ فَهُوَ مَيْتٌ لَا قَتِيلٌ ، فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ وَلَا دِيَّةَ . وَمِنْ شَرْطِهَا أَيْضًا : تَكْمِيلُ خُمْسِينَ يَمِينًا كَمَا بَيَّنَّا .

وَرُكْنُهَا : أَنْ يَقُولَ مَنْ يُقْسِمُ : بِاللَّهِ مَا قَتَلْتَهُ ، وَلَا عَلِمْتُ لَهُ قَاتِلًا ، لِأَنَّهُ رُكْنُ الشَّيْءِ مَا يَقُومُ بِهِ ذَلِكَ الشَّيْءُ ، وَلَا قِيَامٌ لِلْقَسَامَةِ إِلَّا بِهَا .

وَحُكْمُهَا : وَجُوبُ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ عِنْدَنَا ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ ^(٢) .

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُولَتَيْنِ : رِبَادَةٌ مِنْ : (ن) ، وَ (غ) ، وَ (ف) ، وَ (م) ، وَ (و) .

(٢) يَنْظُرُ : «الْأَم» لِلشَّافِعِيِّ [٩٣/٨] ، وَ«الْحَاوِي الْكَبِير» لِلْمَاوَرَدِيِّ [٢٥/١٣] .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ اسْتُخْلِفَ الْأَوْلِيَاءُ خَمْسِينَ يَمِينًا وَيَقْضَى لَهُمْ بِالْذِّبَةِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَمْدًا كَانَتْ الدَّعْوَى أَوْ خَطَأً.

❦ غنية البيان ❦

إِذَا حَلَفُوا بِرِثْوَا، فَأَمَّا إِذَا أَبَوَا الْقَسَامَةَ؛ فَيُحْبَسُونَ حَتَّى يَخْلِفُوا أَوْ يَقْرُوا.

وشرعيتها ثبتت بالأحاديث الصحيحة، نذكرها بعد هذا إن شاء الله تعالى، وبالإجماع أيضاً.

قوله: (قَالَ: وَإِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ لَا يَعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ؛ اسْتُخْلِفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَا، وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا)^(١)، أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ ❦ في «مختصره» ❦، وتماثفه فيه: «فَإِذَا حَلَفُوا قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالْذِّبَةِ»^(٢).

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ ❦ في «مختصره»: «قَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ وَيُشْرُ بْنُ الْوَلِيدِ وَعَلِيُّ بْنُ الْجَعْدِ: سَمِعْنَا أَبَا يُوسُفَ ❦ قَالَ فِي الْقَتِيلِ يُوْحَدُ فِي الْمَحَلَّةِ، أَوْ فِي دَارِ رَجُلٍ فِي الْمِصْرِ: فَإِنْ أَبَا حَقِيقَةً ❦ قَالَ فِي ذَلِكَ: إِنْ كَانَتْ بِهِ جِرَاحَةٌ، أَوْ أَثَرُ ضَرْبٍ، أَوْ أَثَرُ خَنْقٍ؛ فَإِنَّ هَذَا قَتِيلٌ، وَفِيهِ الْقَسَامَةُ عَلَى عَاقِلَةِ رَبِّ الدَّارِ إِذَا وَجِدَ فِي الدَّارِ، وَعَلَى عَاقِلَةِ الْمَحَلَّةِ إِذَا وَجِدَ فِي الْمَحَلَّةِ، يُقْسِمُ كُلُّ رَجُلٍ مِنْهُمْ: بِاللَّهِ مَا قَتَلْتُ، وَلَا عَلِمْتُ لَهُ قَاتِلًا، ثُمَّ يَغْرَمُونَ الذِّبَةَ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ فِي كُلِّ سَنَةٍ الثَّلَاثُ.

وَالَّذِينَ يَخْلِفُونَ: خَمْسُونَ رَجُلًا يَتَخَيَّرُهُمْ مِنَ الْعَاقِلَةِ وَلِيِّ الدِّمِّ، فَإِنْ نَقَضُوا مِنَ الْخَمْسِينَ كُرِّرَتْ عَلَيْهِمُ الْإِيمَانُ حَتَّى تَكْمَلَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَلَيْسَ يَخْلِفُ فِيهِمْ

(١) ينظر: «الأصل» [٤/٤٢٦، ٤٢٩]، «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٧]، «المسوط» [٢٦/١٠٦]

— [١٠٩]، «نخبة الفقهاء» [٣/١٣١]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٥٦، ٣٦٠]، «نبير الحقائق»

[٦/١٦٩]، «درر الحكام» [٢/١٢٣]، «مجمع الأنهر» [٢/٦٨٤]، «صنائع الأكرار»

[١٠/٣٧٣]، «تكملة البحر الرائق» [٨/٤٥٢].

(٢) «مختصر القدوري» [ص ١٩٢]

غاية البيان

صَبِيٍّ لَمْ يَتَلُعْ، وَلَا امْرَأَةً، وَلَا عَبْدًا، وَيُخْلَفُ مَا سِوَى [٨/٢٢١ ط م] ذَلِكَ مِنَ الْقَسَامَةِ.
والتَّخْيِيرُ فِي ذَلِكَ إِلَى وَلِيِّ الدَّمِّ.

ثُمَّ قَالَ الْكَرْخِيُّ فِيهِ: «وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا يَسَّرَ بِهِ أَثَرٌ، وَلَا جِرَاحٌ، فَلَيْسَ [٢٢٢]»
فِي هَذَا قَسَامَةٌ وَلَا دِيَّةٌ، هَذَا مَيِّتٌ، وَإِنْ كَانَ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ فِيهِمُ الْفَاسِقُ وَالصَّالِحُ.
وَالْخِيَارُ فِي اسْتِحْلَافِهِمْ إِلَى الْوَرِثَةِ يَخْتَارُونَ أَهْلَ الصَّلَاحِ إِنْ أَحْبَبُوا حَتَّى
يَسْتَحْلِفُوهُمْ، فَإِنْ كَانَ أَهْلُ الصَّلَاحِ لَا يُسَمُّونَ خَمْسِينَ، وَأَرَادُوا أَنْ يُؤْثَرُوا عَلَيْهِمُ
الْإِيمَانُ، فَلَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ، وَلَهُمْ أَنْ يَتَخَيَّرُوا مِنَ الْبَاقِينَ بِمَا خَمْسِينَ رَجُلًا.
إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ.

وَقَالَ ابْنُ الْجَلَّابِ الْبَصْرِيُّ الْمَالِكِيُّ ﷺ فِي كِتَابِ «التَّفْرِيعِ»: «وَإِذَا قُتِلَ
رَجُلٌ، فَادَّعَى وَلَاتُهُ أَنْ رَجُلًا قَتَلَهُ عَمْدًا، وَأَتُوا بِلَوْثٍ عَلَى قَتْلِهِ، وَجَبَتْ لَهُمُ
الْقَسَامَةُ، وَإِذَا أَقْسَمُوا قَتَلُوا بِهِ قَاتِلَهُ.

وَاللَّوْثُ شَيْطَانٌ: الشَّاهِدُ الْعَدْلُ، وَقَوْلُ الْمَجْرُوحِ: دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ، وَفِي
الثَّلَاثِ مَذْهَبَانِ. يَعْْنِي 'لَدِي يَرَى مَعَهُ سَيْفُهُ، وَشَهَادَةُ الْوَاحِدِ نَوْتُ تُوْجِبُ الْقَسَامَةَ
وَفِي شَهَادَةِ السَّاءِ رَوَايَتَانِ: إِحْدَاهُمَا: إِنَّهَا نَوْتُ تُوْجِبُ الْقَسَامَةَ، وَالْأُخْرَى:
إِنَّهَا لَا تُرْجِيهَا، وَكَذَلِكَ شَهَادَةُ الرَّاحِدِ وَالْجَمَاعَةِ إِذَا لَمْ يَكُونُوا عَدُوًّا.

وَفِي شَهَادَةِ الْعَبْدِ رَوَايَتَانِ: إِحْدَاهُمَا: إِنَّهَا نَوْتُ، وَقِيلَ: لَا يَكُونُ نَوْتُ.

وَإِذَا وَجِدَ رَجُلٌ مَقْتُولًا، وَوُجِدَ بِقُرْبِهِ رَجُلٌ مَعَهُ سَيْفٌ، أَوْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ مِنْ
أَلَةِ الْقَتْلِ، وَعَلَيْهِ آثَارُ الْقَتْلِ، فَذَلِكَ نَوْتُ يُوْجِبُ الْقَسَامَةَ لِوَلَاتِهِ. وَالْإِيمَانُ فِي
الْقَسَامَةِ مُغْلَطٌ، بِحِلَالِهَا فِي سَائِرِ الْحَقُوقِ، وَيُخْلَفُ الْحَالِفُ فِيهَا فِي الْمَجْدِ

لأعض بعد الصلاة عند اجتماع الناس فيه، ويخطف إلى مكة ومدينة ويبيت بمقدس
من وجبت عليه قسامة في أعمالها، ولا يخلط إلى غيره، ولا من مكان غريب.
ويبدأ في القسامة بالمدعى دون المدعى عليه، فيخيفون حمسين يمين.
يستحقون القود بقسامتهم، وهذا إذا كان عددهم من جن خمسين رجلاً، ي
حين، ولا يقسم في العدد رجل واحد، ولا يقسم فيه امرأة، ولا جماعة نسوة،
وإذا كان ولأه الدم أكثر من خمسين رجلاً، ففيها روايتان: إحداهما: أنه يقتصر
على حمسين منهم، فيخلفون خمسين يميناً، والأخرى: أنهم يخيفون كلهم، وإذا
ردت عدة الأيمان على حمسين، وإذا نكل المدعون لدم عن القسامة وردت
لأيمان عن المدعى عليهم فتكلموا، حشوا حتى يخلفوا، فإن طان حبسهم تركوا،
وعنى كل واحد منهم جلدة مئة، وحشس مئة، ولا حق في لدم للمناكب (١٠٠٠) مع
ين، ولا يقتل بالقسامة إلا رجل واحد، ويقتل بالإقرار والبيته الجمعة بأو واحد،
وإذا اختلف ولأه الدم في الدعوى، فنان بعضهم: قتل عمداً، وقال بعضهم:
قتل خطأ: أقسموا كلهم على قتله ووجبت لهم دينه، وإن قال بعضهم: قتل عمداً،
وقال بعضهم: لا علم لما يقتله؛ لم يقسم أحد منهم، وردت الأيمان على المدعى
عليه، وإن قال بعضهم: قتل خطأ، وقال بعضهم: لا علم لما يقتله، أقسم من ادعى
قنه حمسين يميناً، واستحقوا أنصباؤهم من الدية (١٠٠٣) (١٠٠٤) كذا في «التشريع».
وقال الغزالي (١٠٠٥) في «وجيزه»: لا فائدة القسامة قتل الحر في محل لنوث،
ولا قسمة في الماء والأطراف، وفي العبد قولان، والنوث قرينة حال تغلب
عن، كقتيل في محلة بينهم عداوة، أو قتيل دخل عليهم ضيفاً، أو قتل تفرق عنه

غاية البيان

جماعة مَحْصُورُونَ، أَوْ قَتِيلٍ فِي صَفِّ الْحَضَمِ الْمُقَاتِلِ، أَوْ كَقَتِيلٍ فِي الصَّحَرَاءِ، أَوْ عَلَى رَأْسِهِ رَجُلٌ مَعَهُ سِكِّينٌ.

وَقَوْلُ الْمَجْرُوحِ: قَتَلَنِي فَلَانٌ. لَيْسَ بَلَوْتُ، وَقَوْلُ وَاحِدٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَوْتُ، وَقَوْلُ جَمْعٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ رَوَايَتُهُمْ لَوْتُ، وَالْقِيَاسُ: أَنَّ قَوْلَ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَوْتُ، وَأَمَّا عِدَّةٌ مِنَ الصَّبِيَّةِ وَالْفَسْفَةِ فِيهِمْ خِلَافٌ^(١).

وَكَيْفِيَّةُ الْقَسَامَةِ: أَنَّ يَخْلِفَ الْمُدَّعَى خَمْسِينَ يَمِينًا مُتَوَالِيَةً فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ بَعْدَ التَّحْذِيرِ وَالتَّغْلِيظِ، وَلَوْ كَانَ فِي مَجْلِسَيْنِ فَوْجَهَانِ.

وَلَا يَنْدُطُ بِالْقَسَامَةِ الْقِصَاصُ فِي الْجَدِيدِ، بَلِ الدِّيَةُ مِنَ الْجَانِي، إِنْ خَلَفَ عَلَى الْعَمْدِ، وَمِنْ الْعَاقِلَةِ إِنْ خَلَفَ عَلَى الْخَطَا، فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْقَسَامَةِ، وَنَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ؛ فَبِمَكِينِهِ مِنَ [الْيَمِينِ]^(٢) الْمَرْدُودَةِ قَوْلَانِ، وَكَذَا إِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، وَعَادَ إِلَى الْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ. كَذَا فِي «وَجِيزِهِمْ»^(٣).

وَقَالَ الْخِرَقِيُّ مِنْ أَصْحَابِ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ رحمهم الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ، فَدَّعَى أَوْلِيَاؤُهُ عَلَى قَوْمٍ لَا عَدَاوَةَ بَيْنَهُمْ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ بَيِّنَةٌ؛ لَمْ يُحْكَمْ لَهُمْ بِيَمِينٍ وَلَا غَيْرِهَا، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمْ عَدَاوَةٌ وَلَوْتُ، وَادَّعَى أَوْلِيَاؤُهُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِلأَوْلِيَاءِ بَيِّنَةٌ خَلَفَ الْأَوْلِيَاءُ خَمْسِينَ يَمِينًا عَلَى قَاتِلِهِ، وَاسْتَحَقُّوا دَمَهُ إِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى عَمْدًا.

فَإِنْ لَمْ يَخْلِفِ الْأَوْلِيَاءُ؛ خَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ خَمْسِينَ يَمِينًا وَبَرِيءٌ، فَإِنْ لَمْ

(١) ينظر: «الوجيز/مع العرير شرح الوجيز» للفرالي [١١/١١ - ١٢].

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من «٢٥»، «م»، «ن»، «لغ»، «ر»، وهو لموافق لما وقع في «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز».

(٣) ينظر: «الوجيز/مع العرير شرح الوجيز» للفرالي [٣٩/١١].

❦ حاجه البعالي ❦

حَتَّى الْمَدْعُونَ، وَلَمْ يَرْضَوْا بِمِثْلِ الْمَدْعَى عَلَيْهِ [٨١٢٢٢ ١٢] فَذَاهُ الْإِمَامُ مِنْ
بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ شَهِدَتِ الْبَيْتُ الْعَادِلُ أَنَّ الْمَجْرُوحَ قَالَ: دَمِي عِنْدَ فُلَانٍ. فَلَيْسَ
مُؤَخَّرٌ لِلْقَسَامَةِ مَا لَمْ يَكُنْ لَوْثٌ، وَالنِّسَاءُ وَالصُّبَّانُ لَا يُقْسِمُونَ^(١). إِلَى هَذَا
عَطُ الْخَرْقِ فِي الْبَيْتِ.

وَجَهُ قَوْلِ الْخَصُومِ فِي الْبَدَايَةِ بِيَمِينِ الْوَلِيِّ^(١) : مَا رَوَى مَالِكٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي
 «مُوطِئِهِ» : قَالَ : حَدَّثَنَا أَبُو لُبَلَى بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي
 حَتْمَةَ^(٢) ، أَنَّهُ أَخْبَرَهُ رِجَالٌ مِنْ كُتُبَاءِ قَوْمِهِ : أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ وَمُحَيِّصَةَ خَرَجَا إِلَى
 حَيَرَ مِنْ جَهْدِ أَصْلَاهُمَا ، فَأَتَيْتِ مُحَيِّصَةُ ، فَأُخْبِرَ أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ قَدْ قُتِلَ ، وَطُرِحَ
 فِي فَقِيرٍ بِشَرِّ أَوْ عَيْسٍ ، فَأَتَى يَهُودَ ، فَقَالَ : أَنْتُمْ وَاللَّهِ قَتَلْتُمُوهُ ، قَالُوا : وَلِلَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ ،
 ثُمَّ قُبِلَ حَتَّى قَدِمَ عَلَى قَوْمِهِ ، فَذَكَرَ لَهُمْ ذَلِكَ .

ثُمَّ أَقْبَلَ هَرَوْحُوصَةً، وَهُوَ أَخُوهُ أَكْبَرُ مِنْهُ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ سَهْلٍ، فَذَهَبَ مُخَيَّصَةً لِيَتَكَلَّمَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «كَبُرَ كَبْرًا» يُرِيدُ السَّنَّ، فَتَكَلَّمَ حُوصَةً، ثُمَّ تَكَلَّمَ مُخَيَّصَةً، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِمَّا أَنْ يَدُودَا صَاحِبَيْكُمْ، وَإِمَّا أَنْ يُؤْذِنَا بِعَرْبٍ». فَكَتَبَ إِلَيْهِمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي ذَلِكَ، فَكَتَبُوا: إِنَّا وَاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ.

فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِحَوِصَّةٍ وَمُحِصَّةٍ وَعَنْدٍ لِرَحْمَنِ: «اتَّخِذُوا وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ؟» فَقَالُوا [٤٧:٤] لَا، قَالَ: «فَاتَّخِذْ لَكُمْ يَهُودٌ؟» قَالُوا: لَيْسُوا

(١) منظور: «مختصر الخرقى» [ص/١٢٢].

(٢) في الأصل: المدعى. والمثبت من ١٢٥٥، و١٢٥٦، و١٢٥٧، و١٢٥٨، و١٢٥٩.

(۳) «سہل بن ابی حشمۃ الأنصاری، یکنیٰ أبی یحییٰ، راسم ابی حشمۃ عبد اللہ بن مساعد بن عامر، قال الواقدي: قبض رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم وهو ابن ثمانی سنین، کذا فی «الطبقات نکبریٰ»، کذا فی حاشیۃ «م»، وینظر «الطبقات النکبریٰ» ط - آخری ۶، ۵۵۸.]

غاية البيان

بِمُسْلِمِينَ، فَوَدَّاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ عِنْدِهِ، فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ بِمِثَّةِ نَاقَةٍ حَتَّى أُدْخِلَتْ عَلَيْهِمُ الدَّارَ قَالَ سَهْلُ بْنُ أَبِي حَفْصَةَ: لَقَدْ رَكَصْتَنِي مِنْهَا نَاقَةٌ حَمْرَاءُ^(١).

وجه الاستدلال بالحديث: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بدأ بيمين الأولياء، ولأنَّ اليمين ثبتت في حق مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ، بدليل المدعى عليه في سائر الحقوق، وفي مسألتنا الظَّاهِرُ يَشْهَدُ للمدعي؛ لأنَّه إذا كَانَ هناك لَوْثٌ يَغْلِبُ على ظَنِّ المُسْتَمِعِ والرَّائِي أَنَّهُ صَادِقٌ في قَوْلِهِ؛ فَيَجِبُ أَنْ يَتَّبَعَ اليمينُ في حَقِّهِ، ولكن هذه دلالة فيها شبهة، فَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ بالشبهة في الجدد، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ.

ولنا: مَا رَوَى الطَّحَاوِيُّ في «شرح الآثار»: بِإِسْنَادِهِ وَقَالَ: حَدَّثَنَا يُونُسُ، حَدَّثَنَا سُفْيَانُ، عَنْ يَحْيَى بْنِ صَعِيدٍ، سَمِعَ بُشَيْرَ بْنَ يَسَارٍ، عَنْ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَفْصَةَ قَالَ: «وَجَدَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلٍ قَتِيلًا فِي قَلْبٍ مِنْ قُلُوبِ خَيْبَرَ، فَجَاءَ آخِرُهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ^(٢) بْنُ سَهْلٍ وَعَمَّاهُ حُوَيْصَةُ وَمُحَيِّصَةُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ [٢٢٣/٨]، فَذَهَبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ لِيَتَكَلَّمَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الْكَبِيرُ الْكَبِيرُ».

فَتَكَلَّمَ أَحَدُ عَمَّتَيْهِ، إِمَّا مُحَيِّصَةُ، وَإِمَّا حُوَيْصَةُ، تَكَلَّمَ الْكَبِيرُ^(٣) مِنْهُمَا، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا وَجَدْنَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ قَتِيلًا فِي قَلْبٍ مِنْ قُلُوبِ خَيْبَرَ، وَذَكَرَ عَدَاوَةُ الْيَهُودِ لَهُمْ. قَالَ: «فَتَبَرُّكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا أَنَّهُمْ لَمْ يَقْتُلُوهُ؟». قَالَ: قُلْتُ:

(١) أخرجه مالك في «الموطأ» رواية محمد بن الحضر [٣٥/٣]، ومن طريقه البخاري في كتاب الأحكام/باب كتاب الحاكم إلى عماله [رقم/٧١٩٢]، ومسلم في كتاب القسامة والمحاريب/باب القسامة [رقم/١٦٦٩]، بهذا الإسناد به.

(٢) في «الأصل» «عبد الله». والمثبت من: «فا»، «وام»، «وان»، «واغ»، «وار». وهو الموافق لنا وقع في «شرح معاني الآثار».

(٣) في «فا»، «وان»، «واغ»، «وار»: «الكبير». والمثبت من «الأصل»، وهو الموافق لنا وقع في «شرح معاني الآثار».

غاية البيان

وَكَيْفَ نَرْضَى بِأَيْمَانِهِمْ وَهُمْ مُشْرِكُونَ؟ قَالَ: «فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَنَسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ».
قَالُوا: كَيْفَ نُقْسِمُ عَلَى مَا لَمْ نَرَ؟ فَوَدَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ عِنْدِهِ^(١).

وهذا نص في البداية يمين المدعى عليهم.

وقال الكرخي رحمه الله في «مختصره»: «حَدَّثَنَا الْهَرَوِيُّ، قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ شُجَاعٍ، عَنْ مُوسَى بْنِ دَاوُدَ، عَنْ مُعَمَّرِ بْنِ سُلَيْمَانَ، عَنْ خُصَيْفٍ، عَنْ زِيَادِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: إِنِّي وَجَدْتُ أَخِي قَتِيلًا فِي بَيْتِ فُلَانٍ، فَقَالَ: «اجْمَعْ مِنْهُمْ خَمْسِينَ، فَيَخْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَتَلُوا، وَلَا عَلِمُوا قَاتِلًا». فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَيْسَ لِي مِنْ أَخِي إِلَّا هَذَا؟ قَالَ: «بَلَى مِنْةً مِنَ الْإِبِلِ»^{(٢)(٣)}.

ومعنى حديث الخصم: أنه كن على سبيل الإنكار عليهم، كأنه قال: اتدعون وتأخذون؟ كقوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَكُنْ أَتْلُوهُ بِمُحَمَّدٍ ﷺ﴾ [امانة ٥٠]، وذلك أن رسول الله ﷺ قال لهم: «فَبَرِّئُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَا». فقالوا: كَيْفَ نَقْلُ أَيْمَانِ قَوْمٍ كَفَّارٍ، فقال لهم رسول الله ﷺ: «أَتَخْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ؟». يعني: أن اليهود وإن كانوا كفارًا فليس عليهم فيما تدعون عليهم غير أيمانهم.

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الأدب/باب إكرام تكبير ويدا الأكبر بالكلام ولزوال [رقم/٥٧٩١]، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والفصاح والديات/باب القسامة [رقم/١٦٦٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٩٧/٣]. من طريق يحيى بن سعيد بإسناده به، والسياق للطحاوي.

(٢) علقه: الجصاص في «شرح مختصر الطحاوي» [١٢٣/٦]. عن محمد بن شجاع بإسناده به قال ابن أبي العز: «ولا يُعْرَفُ هذا الحديث في كتب الحديث، وإنما رأيت في كتب الأصحاب» وقال الريلي: «حديث ابن زياد عريب». وقال البدر العيني: «لم يُثَبَّتْ». ينظر: «التنبيه على مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٩٢٥/٥]. والنصب الراية للزبيدي [٣٩٤/٤] واليسية شرح الهداية للبدر العيني [٣٣٢/١٣].

(٣) ينظر «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٤/داماد].

﴿ عامة المعاني ﴾

عَمَرَ. فَيَسُؤَا بَيْنَ الْقَرِيَيْنِ، فَأَيُّهُمَا كَانَ إِلَيْهِ أَذْنَى، فَحُدُّوا حَمْسِينَ قَسَامَةً، فَيَحْلِفُونَ بِاللَّهِ، ثُمَّ غَرَمَهُمُ الدِّيَّةُ. قَالَ الْحَارِثُ: فَكُنْتُ فِيمَنْ أَهْتَمَّ، ثُمَّ غَرَمْنَا الدِّيَّةَ^(١).

فهذه القسامة التي حَكَمَ بها أصحابُ رسولِ الله ﷺ، وقد وافق ذلك قول رسولِ الله ﷺ أنه قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»^(٢)، رواه ابنُ عباسٍ، فسَوَّى رسولُ الله ﷺ بينَ الأموالِ والدِّمَاءِ، وَحَكَمَ فِيهَا بِحُكْمٍ وَاحِدٍ، فَتَبَّ بِذَلِكَ: أَنَّ حَدِيثَ سَهْلِ، هُوَ عَلَى هَذَا الْمَعْنَى^(٣).

وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا: حَدَّثَنَا أَبُو بَشِيرٍ الرَّقِّيُّ، حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ الصَّرِيرِيُّ، عَنْ ابْنِ أَبِي ذَنْبٍ، عَنْ الزُّهْرِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِالْقَسَامَةِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ»^(٤).

فَدَلَّ ذَلِكَ: أَنَّ الْقَسَامَةَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ، لَا عَلَى الْمُدَّعِينَ عَلَى مَا بَيَّنَّ الزُّهْرِيُّ. كَذَا فِي «شرح الآثار»^(٥).

وَلِأَنَّ يَمِينَ الْمُدَّعَى تُثَبِّتُ قَوْلَهُ، فَلَا يَسْتَحِقُّ بِهَا الْمَالَ كَالدَّعْوَى.

(١) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢٠٢/٣]، بهذا الإسناد به.

قال العيني: «هذا إسناد معلول». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعيني [٣٨٧/١٥].

(٢) أخرجه البخاري في كتاب تفسير القرآن/باب ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِمَنَّهُمْ أَنْفُسَهُمْ قَلِيلًا أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ﴾ [رقم/٤٥٥٢]، ومسلم في كتاب الأضحية/باب اليمين عن المدعى عليه [رقم/١٧١١]، وغيرهما من حديث ابن عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٢٠٢/٣].

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة [رقم/٢٧٨١٩]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٢٠٢/٣]، من طريق ابن أبي ذنبٍ، عَنِ الزُّهْرِيِّ بِهِ.

(٥) ينظر «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٢٠٢/٣].

وَقَالَ مَالِكٌ: يَقْضِي بِالْقَوْدِ إِذَا كَانَتْ الدَّعْوَى فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ، وَاللَّوْثُ عِنْدَهُمَا أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ عَلَامَةُ الْقَتْلِ عَلَى وَاحِدٍ بَعِبٍ أَوْ ظَاهِرٍ يَشْهَدُ لِلْمُدْعَى مِنْ عَدَاوَةٍ ظَاهِرَةٍ أَوْ شَهَادَةِ عَدْلٍ أَوْ جَمَاعَةٍ غَيْرِ عَدُوٍّ.

غاية البيان

ثُمَّ مَالِكٌ^(١) يَتَمَسَّكُ بِاسْتِحْقَاقِ الْأَوْلِيَاءِ الْقَوْدَ بِقَسَامَتِهِمْ بِقَوْلِهِ ﷺ: «تَخْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ»^(٢).

وَجَوَابُهُ: مَا قَالَ مُحَمَّدٌ [بْنُ الْحَسَنِ]^(٣) ﷺ فِي «مُوطِئِهِ»^(٤): «أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لَهُمْ: «اتَّخِلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ»^(٥). يَعْنِي: بِالذِّبَةِ لَيْسَ بِالْقَوْدِ، يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الذِّبَةَ دُونَ الْقَوْدِ: قَوْلُهُ ﷺ فِي أَوَّلِ الْحَدِيثِ: «إِنَّمَا أَنْ يَدُورَ صَاحِبِكُمْ، وَإِنَّمَا أَنْ يُؤْذِنُوا بِحَرْبٍ»^(٦). وَهَذَا لِأَنَّ الدَّمَ قَدْ يَسْتَحِقُّ بِالذِّبَةِ، كَمَا يَسْتَحِقُّ بِالْقَوْدِ، وَلَوْ كَانَ لِمَرَادِ الْقَوْدِ لِقَالَ: اتَّخِلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ [مَنْ] أَدْعَيْتُمْ، فَيَكُونُ هَذَا عَلَى الْقَوْدِ.

قَوْلُهُ: (وَاللَّوْثُ عِنْدَهُمَا)، أَي: عِنْدَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ ﷺ، وَتَفْسِيرُ اللَّوْثِ عِنْدَهُمَا قَدْ أَمْضَيْنَاهُ.

يُقَالُ: بِسَهْمٍ لَوْثٌ، أَي: شَرٌّ [١٤٧١/٣]، وَصَلَبٌ بِحَقْدٍ، مَا حُوِّدَ مِنْ قَوْلِهِمْ: لَوْثُ الْمَاءِ: كَدَّرُهُ، وَلَوْثُ ثِيَابِهِ بِالطَّنِّ، أَي: لَطَّخَهَا فَتَلَوَّثَتْ.

(١) ينظر: «التوضيح في شرح مختصر ابن الحاحب» لخبيب بن إسحاق [٢٠٦ ٨]، و«لغواكه الدواني» على رسالة ابن أبي زيد القيرواني» للنفراوي [١٧٩/٢].

(٢) سبق تحريجه قريباً.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«ع»، و«٢٥»، و«م»، و«ر».

(٤) ينظر: «الموطأ» لمحمد بن الحسن [٣٥/٣].

(٥) مصنى تحريجه.

(٦) مصنى تحريجه.

(٧) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«ع»، و«٢٥»، و«م»، و«ر».

أَنْ أَهْلَ الْمَحَلَّةِ قَتَلُوهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ، فَمَذْهَبُهُ مِثْلُ مَذْهَبِنَا، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ الْيَمِينُ بَلْ يَرُدُّهَا عَلَى الْوَلِيِّ، فَإِنْ حَلَفُوا لَا دِيَّةَ عَلَيْهِمْ لِشَافِعِيٍّ فِي الدَّاءِ بَيْنَ الْوَلِيِّ قَوْلُهُ - ﷺ - «يَلَاؤَلَيْهِ» «فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ أَنَّهُمْ قَتَلُوهُ» وَلِأَنَّ الْيَمِينَ تَجِبُ عَلَى مَنْ يَشْهَدُ لَهُ الظَّاهِرُ وَلِهَذَا تَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الْيَدِ، فَإِذَا كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَلِيِّ يَبْدَأُ بِيَمِينِهِ وَرَدُّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعِي أَصْلٌ لَهُ كَمَا فِي السُّكُولِ، غَيْرَ أَنَّ هَذِهِ دَلَالَةٌ فِيهَا نَوْعٌ شُبْهَةٌ وَالْقِصَاصُ لَا يُجَامِعُهَا وَالْمَالُ يَجِبُ مَعَهَا فَلِهَذَا وَجَبَتْ الدِّيَّةُ. [٢٧٤، ٢٧٥]

وَلَمَّا قَوْلُهُ - ﷺ - «الْبَيَّةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ» ^(١) وَرَوَى ابْنُ الْمُسَيَّبِ «أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - بَدَأَ بِالْيَهُودِ بِالْقَسَامَةِ وَجَعَلَ الدِّيَّةَ عَلَيْهِمْ لَوْجُودِ

نهاية البيان

قَوْلُهُ: (فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ؛ فَمَذْهَبُهُ مِثْلُ مَذْهَبِنَا)، أَي: إِنْ لَمْ يُوجَدْ لَوْتُ، وَهُوَ دَلِيلٌ ظَاهِرٌ عَلَى الْقَتْلِ، فَمَذْهَبُ مَالِكٍ ﷺ مِثْلُ مَذْهَبِنَا فِي أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ، كَمَا [٢٧٤، ٢٧٥] فِي سَائِرِ الدَّعَاوِي، وَكَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ﷺ، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ الْيَمِينُ، بَلْ يَرُدُّهَا عَلَى الْوَلِيِّ. يَعْني: عِنْدَنَا تَكَرَّرُ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ عِدَّتُهُمْ خَمْسِينَ، وَعِنْدَ الْخَصْمِ: لَا تَكَرَّرُ، بَلْ تَرُدُّ عَلَى الْوَلِيِّ، وَفِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ مَذْهَبَ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ ﷺ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمَا يَبْدَأَانِ بِيَمِينِ الْوَلِيِّ إِذَا وَجَدَ اللَّوْتُ، فَإِذَا نَكَلَ الْوَلِيُّ عَنِ الْيَمِينِ، فَحِينَئِذٍ تَرُدُّ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ عَنْ كُتُبِهِمْ.

قَوْلُهُ: (وَالْقِصَاصُ لَا يُجَامِعُهَا)، أَي: لَا يَتَّبَعُ الْقِصَاصُ مَعَ الشُّبْهَةِ.

قَوْلُهُ: (وَرَوَى ابْنُ الْمُسَيَّبِ)، هُوَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ، وَهُوَ مِنْ أَعْيُنِ طَبَقَاتِ التَّابِعِينَ، وَلَكِنْ فِي ذِكْرِهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُذَكَّرْ رَوَايَتُهُ فِي كُتُبِ الْحَدِيثِ فِي هَذَا

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «نَحْنُ: الْمُدَّعَى عَلَيْهِ».

الْقَتِيلَ بَيْنَ أَطْهَرِهِمْ» وَلِأَنَّ الْيَمِينَ حُجَّةٌ لِلدَّفْعِ دُونَ الْإِسْتِحْقَاقِ وَحَاجَةُ الْوَلِيِّ إِلَى الْإِسْتِحْقَاقِ وَلِهَذَا لَا يَسْتَحِقُّ بِبَيْمِهِ الْمَالَ الْمُتَبَدِّلَ فَأَوْلَى أَنْ لَا يَسْتَحِقُّ بِهِ النَّفْسَ الْمُحْتَرَمَةَ..

وَقَوْلُهُ: يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ خِيَارَ تَعْيِينِ الْحَمْسِينَ إِلَى الْوَلِيِّ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَخْتَارُ مِنْ بَتِّهِمْ بِالْقَتْلِ أَوْ يَخْتَارُ صَالِحِي أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِمَا أَنْ تَحَرَّرَهُمْ عَنِ الْيَمِينِ الْكَاذِبَةِ أَبْلَغُ التَّحَرُّزِ فَيُطَهِّرُ الْقَاتِلَ، وَفَائِدَةُ التَّمْسِيهِ السُّكُوتُ، فَإِنْ كَانُوا لَا يُبَاشِرُونَ وَتَعْلَمُونَ يُفِيدُ يَمِينَ الصَّالِحِ عَلَى الْعِلْمِ بِاتِّبَاعِهِ مِمَّا يُفِيدُ يَمِينَ الطَّالِحِ.

نهاية البيان

الباب، مثل: «الموطأ»، و«الصحيح»، و«السنن»، و«شرح الآثار» وغير ذلك، نَعَمْ قَدْ رَوَى عَنْ لُثْرِيِّ رضي الله عنه ذَلِكَ فِي «شرح الآثار»^(١) وَقَدْ مَرَّ ذِكْرُهُ آنفًا.

قَوْلُهُ: (وَقَوْلُهُ: يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ)، إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ خِيَارَ التَّعْيِينِ فِي الْحَمْسِينَ إِلَى الْوَلِيِّ، أَي: قَوْلُ الْقُدُورِيِّ رضي الله عنه فِي «مختصره» 'يَتَخَيَّرُهُمُ الْوَلِيُّ'^(٢). إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ خِيَارَ التَّعْيِينِ إِلَى الدَّمِ، وَإِنَّمَا كَانَ الْخِيَارُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْإِيمَانَ حَقٌّ لَهُ، فَكَانَ الْخِيَارُ إِلَيْهِ، وَلِأَنَّ فِي اخْتِيَارِهِ فَائِدَةً، وَهُوَ أَنَّهُ يَخْتَارُ مَنْ يَتَّهِمُهُ بِالْقَتْلِ^(٣)، أَوْ يَخْتَارُ صَالِحِي الْقَبِيلَةِ الَّذِينَ لَا يَخْلِفُونَ عَلَى الْكَذِبِ، وَلِهَذَا جُعِلَ الْخِيَارُ إِلَيْهِ دُونَ السُّلْطَانِ؛ لِأَنَّ التَّحْلِيفَ حَقٌّ الْأَوْلِيَاءِ؛ لِكُونِهِ دَرِيعَةً إِلَى حَقِّهِمْ.

وَإِنْ كَانَ فِي أَهْلِ الْمَحَلَّةِ صَالِحُونَ، وَطَالِحُونَ؛ يَتَخَيَّرُ الْأَوْلِيَاءُ الصَّالِحِينَ إِنْ أَحْبَبُوا ذَلِكَ، وَقَدْ مَرَّ رَوَايَةُ الْكُرْخِيِّ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ تَهْمَةُ الْقَتْلِ فِي الطَّالِحِينَ أَكْثَرًا

(١) ينظر: شرح معاني الآثار، للطحاوي [٢٠٢/٣].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٩٢].

(٣) في «الأصل»: «في لصل» والمثبت من «٢٥»، و«م»، و«ن»، و«غ»، و«ر».

وَلَوْ اخْتَارُوا مِنْهُمْ أَغْمَى، أَوْ مَخْذُودًا فِي قَذْبٍ حَازَ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ وَلَيْسَ بِشَهَادَةٍ.
 قَالَ: فَإِذَا حَلَفُوا؛ قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالذِّبَةِ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْوَلِيُّ
 وَقَالَ الشَّافِعِيُّ لَا تَجِبُ الذِّبَةُ لِقَوْلِهِ - ﷺ - فِي حَدِيثٍ عَنِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ - رضي الله عنه -
 «تَبَرُّتُكُمْ الْيَهُودُ بِأَيْمَانِهَا» وَلِأَنَّ الْيَمِينَ عَهْدٌ فِي الشَّرْعِ مُرَّةً لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ لَا
 مُلْرِمًا كَمَا فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى.

غاية البيان

لَأَنَّ التَّحْلِيفَ لِفَائِدَةِ النُّكُولِ، فَكَانَ تَحْلِيفُ الَّذِي يَتَوَرَّعُ عَادَةً عَنِ الْكَذْبِ أَوْلَى؛
 لِحَصُولِ الْعِلْمِ بِالْقَتْلِ عِنْدَ نُكُولِهِ.

وَلَكِنْ إِذَا اخْتَارَهُمُ الْوَلِيُّ؛ يَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ: بِاللَّهِ مَا قَتَلْتُ، وَلَا عَلِمْتُ
 لَهُ قَاتِلًا، وَلَا يَقُولُ: بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَا، وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا، بِلَفْظِ إِسَادِ الْعَمَلِ إِلَى
 لَجْمَاعَةٍ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هُوَ قَاتِلًا وَحْدَهُ، وَبِلَفْظِ الْجَمْعِ يَنْفِي أَنْ يَكُونَ قَاتِلًا
 مَعَ الْجَمَاعَةِ، وَكَذَلِكَ فِي جَانِبِ الْعِلْمِ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هُوَ عَالِمًا بِالْقَتْلِ وَحْدَهُ،
 وَهُوَ يَنْفِي أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ عَالِمًا مَعَهُ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ اخْتَارُوا مِنْهُمْ أَغْمَى، أَوْ مَخْذُودًا فِي قَذْبٍ حَازَ)، وَهَذِهِ مِنْ
 مَسَائِلِ «الْأَصْلِ» ^(١) [٢٧٤/٨ ط م] ذَكَرَهَا تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ «الْمَخْتَصِرِ».

وَذَلِكَ لِأَنَّهَا يَمِينٌ مُحَصَّةٌ، وَلَيْسَتْ بِشَهَادَةٍ وَلِهَذَا أَهْلِيَّةُ الْيَمِينِ فَيُحْلَفَانِ؛ لِأَنَّ
 احْتِمَالَ الْعِلْمِ وَالْقَتْلِ ثَابِتٌ فِي حَقِّهِمَا، بِحِلَافِ اللَّعْنِ، حَيْثُ لَا يَجُوزُ اللَّعْنُ
 [٧١/٣ ط] مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ اللَّعْنَ شَهَادَةٌ، وَلَيْسَ لَهُمَا أَهْلِيَّةٌ أَداءً اشْهَادَةٍ.

قَوْلُهُ: (قَالَ فَإِذَا حَلَفُوا؛ قُضِيَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِالذِّبَةِ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْوَلِيُّ) ^(٢)،

(١) ينظر «الأصل» المعروف بالمبسوط [٥٦٦/٦ طبعة وزارة الأوقاف لقطرية]

(٢) ينظر «المختصر الصحاوي» [ص ٢٤٧]، «المبسوط» [١٠٦/٢٦ - ١٠٩]، «المختلف برواياته»

[١٨٩٦/٤]، «الاحتيار» [٥١٧/٥، ٥١٨]، «تبيين الحقائق» [١٦٩/٦]، «الجوهر النيرة» =

.....

❦ نهاية البيان ❦

أي: قال القُدُورِيُّ رحمته في «مختصره»^(١).

وقال لُشَاعِي رحمته: إذا حَلَفَ المدَّعى عليهم بالقتل بَرَنُوا^(٢)؛ لأنَّ الحلف مُبَرِّئٌ، فلا يَجِبُ معه شيءٌ، كما في سائر الدَّعَاوِي.

ولنا: أنَّ النَّبِيَّ صلوات الله عليه جَمَعَ بَيْنَ الدَّيَّةِ وَالْقَسَامَةِ في حديثِ سَهْلِ بْنِ أَبِي حَفْصَةَ، وحديثِ زِيَادِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ^(٣)، وقصِي عُمَرَ^(٤) رحمته [بِالْقَسَامَةِ وَالدَّيَّةِ أَيْضًا بِمَحْصُورِ الصَّحَابَةِ رحمته، فحلَّ محلَّ الإجماع، حتَّى قالوا لِعُمَرَ رحمته] ^(٥) لَمَّا قَصَى عَلَيْهِم بِالْدَّيَّةِ: «لَا أَيْمَانُنَا تَدْفَعُ عَنْ أَمْوَالِنَا، وَلَا أَمْوَالُنَا تَدْفَعُ عَنْ أَيْمَانِنَا»، فقالَ عُمَرُ رحمته: «أَمَّا أَيْمَانُكُمْ فَلِيَحْقِنْ دِمَائِكُمْ، وَأَمَّا أَمْوَالُكُمْ فَلْيُوجِدِ الْقَتِيلَ بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ»^(٦).

وقولُ الخصم: الحَلِيفُ مُبَرِّئٌ، قلنا: نحنُ نقولُ بِمُوجِبِهِ، ولكنَّ مُبَرِّئٌ عندَ وَجَبَتْ لأجلِهِ الحَلِيفُ، وهوَ لِقِصَاصٌ لَا عَنْ غَيْرِهِ، كما إذا كَانَتِ الدَّعْوَى عَلَى الشَّيْءِ، فَحَلَفَ المدَّعى عليه على ذلكِ الشَّيْءِ؛ انقَطَعَتِ الخصومةُ عنه، وهى فيما نحنُ فيه اسْتَحْلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ عَلَى الْقَتْلِ.

وباليمينِ انقَطَعَتِ الخصومةُ عَنْ دَعْوَى الْقَتْلِ، فَلَمْ يَجِبْ الْقِصَاصُ، وَلَكِنْ

= [١٨٥/٢]، «رد المحتار» [٦٦٩/٦]، «تكملة البحر الرائق» [٤٤٩/٨].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٩٢].

(٢) ينظر: «لأم» للشافعي [٩٣/٨]، و«الحاوي الكبير» لشمس الدين [٢٥/١٣].

(٣) سبق تحريجهما.

(٤) سبق تحريجه.

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «ع»، «و»، «ف»، «م»، و«ر».

(٦) أخرجه الكُرَّاجِيُّ في «مختصره» بإساده إلى ابن الأعرج قال: حَدَّثَنَا الْحَارِثُ بْنُ الْأَرْمَعِ عَنْ عُمَرَ رحمته بِحُجْرِهِ كَمَا سَيَأْتِي بَعْدَ قَلِيلٍ وَفَدَّ سَبْقَ تَحْرِيجِهِ مِنْ رِوَايَةِ الطَّحَاوِيِّ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَكَمِ، غَيْرَ نَحَارِثِ بْنِ الْأَرْمَعِ أَنَّهُ قَالَ لِعُمَرَ «أَمَّا تَدْفَعُ أَمْوَالُنَا عَنْ إِيْمَانِنَا؟» قَالَ: لَا، وَعَقْلُهُ رَسِيلَتِي تَمَامَ تَحْرِيجِهِ بَعْدَ قَلِيلٍ.

وَلَمَّا أَنَّ السَّبِيَّ - ﷺ - جَمَعَ بَيْنَ الدِّيَةِ وَالْقَسَامَةِ فِي حَدِيثِ [ابن] ^(١) سَهْلٍ
وَفِي حَدِيثِ زَيْنَادِ بْنِ أَبِي مَرْزَيْمٍ، وَكَذَا جَمَعَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بَيْنَهُمَا عَلَى وَادِعَةٍ.

وَقَوَّةٌ - ﷺ - «تُبْرُئُكُمْ الْيَهُودُ» مَحْمُولٌ عَلَى الْإِبْرَاءِ عَنِ الْفِصَاصِ
وَالْحَبْسِ، وَكَذَا الْيَمِينُ مُبَرَّئَةٌ عَمَّا وَجَبَ لَهُ الْيَمِينُ وَالْقَسَامَةُ مَا شُرِعَتْ لِتَجِبَ
الدِّيَةُ إِذَا نَكَرُوا، بَلْ شُرِعَتْ لِيُظْهَرَ الْقِصَاصُ بِتَحْرِزِهِمْ عَنِ التَّيَسُّرِ الْكَاذِبَةِ
فَقَرُّوا بِالْقَتْلِ، فَإِذَا حَفَفُوا حَصَلَتْ الْبَرَاءَةُ عَنِ الْقِصَاصِ.

ثُمَّ الدِّيَةُ تَجِبُ بِالْقَتْلِ الْمَوْجُودِ مِنْهُمْ ظَاهِرًا لِيُجُودَ الْقَبِيلُ بَيْنَ أَظْهَرِهِمْ لَا
يُنْكِرُونَهُمْ، أَوْ وَجَسَتْ بِتَقْصِيرِهِمْ فِي الْمُحَافَظَةِ كَمَا فِي الْقَتْلِ الْحَطِّ.

غاية البيان

وَجَبَ عَلَيْهِ حَقٌّ آخَرٌ، لَا لِكَوْنِهِ قَاتِلًا، بَلْ لِقَصِيرِهِمْ فِي صِيَانَةِ الْمَحَلَّةِ عَنْ فسادِ
الْقَتْلِ؛ لِأَنَّهُ لَوْلَا بَقَايُهُمْ لَمَّا وَقَعَ هَذَا الْأَمْرُ، وَالتَّسْيِيبُ فِي الْقَتْلِ بِهَذَا الطَّرِيقِ
مُوجِبٌ لِلدِّيَةِ فِي الشَّرْعِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَاقِلَةَ يُؤْخَذُونَ بِالدِّيَةِ وَهُمْ مَا قَتَلُوا، وَلَكِنْ
فَضَرُوا فِي صِيَانَةِ وَلِيِّهِمْ عَنْ ذَلِكَ، حَتَّى وَقَعَ فِيمَا وَقَعَ، فَأُنْجِيَ التَّسْيِيبُ بِالْمِيَاثَرَةِ
فِي إِبْحَابِ الدِّيَةِ صِيَانَةً لِلدَّمِ عَنِ الْإِهْدَارِ.

فَإِنْ قُلْتَ: إِذَا لَمْ تَكُنِ الْمُسُ مُثَرَّةً عَنِ الدِّيَةِ، فَمَا فائدةُ قَوْلِهِ ﷺ: «تُبْرُئُكُمْ
يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا أَنَّهُمْ لَمْ يَقْتُلُوهُ؟» ^(٢).

قُلْتُ: فائدةُ البراءةِ عَنِ الْقِصَاصِ الَّذِي وَجَبَ الْيَمِينُ لِأَجْلِهِ، لَا الْبَرَاءَةُ عَنِ
الدِّيَةِ، بِدَلِيلِ مَا رَوَيْنَا؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَعُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - جَمَعَا بَيْنَ الدِّيَةِ وَالْقَسَامَةِ.

قَوْلُهُ - (عَلَى وَادِعَةٍ)، وَهِيَ بَطْنٌ مِنْ هَمْدَانَ كَذَا ذَكَرَ الْكَلْبِيُّ فِي «جَمَهْرَةٍ

(١) ليس بالأصل

(٢) سبق تخريجه

وَمَنْ أَبِي مِنْهُمُ الْيَمِينِ؛ حُسِرَ حَتَّى يَخْلِفَ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ فِيهِ مُسْتَحَقَّةٌ
لِذَاتِهَا تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الدَّمِّ وَلِهَذَا يُجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَةِ، بِخِلَافِ النُّكُولِ فِي
[٢٧٥/١] الْأَمْوَالِ لِأَنَّ الْيَمِينَ بَدَلٌ عَنْ أَصْلِ حَقِّهِ وَلِهَذَا يَسْقُطُ بِتَذَلِّ الْمُدَّعِي وَفِيمَا

غاية البيان

النَّسَبُ^(١).

قوله: (وَمَنْ أَبِي مِنْهُمُ الْيَمِينِ؛ حُسِرَ حَتَّى يَخْلِفَ)، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا عَلَى
مَسْأَلَةِ «الْمَخْتَصِرِ».

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصِرِهِ»^(٢): «وَمَنْ أَبِي مِنْهُمْ أَنْ يَخْلِفَ؛ حُسِرَ حَتَّى
يَخْلِفَ أَوْ يُقَرَّ، فَيُلْزَمُهُ مَا أَقَرَّ بِهِ [٢٧٥/٨]، أَيْ: مَنْ تَكَلَّ مِنَ الْخَمْسِينَ الذَّبَرَ
اخْتَارَهُمُ الْوَلِيُّ عَنِ الْيَمِينِ حُسِرَ حَتَّى يَخْلِفَ أَوْ يُقَرَّ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْيَمِينَ وَاحِدٌ
عَلَيْهِمْ، فَمَنْ تَكَلَّ مَنَعَ حَقًّا وَاجِبًا عَلَيْهِ، وَمَنَعَ الْحَقَّ ظُلْمًا، وَجَرَاءُ الظُّلْمِ الْحُسِرُ.
فَإِذَا حَلَفَ دَفَعَ الْقَتْلَ، وَإِذَا أَقَرَّ وَجَبَ مُوجِبٌ مَا أَقَرَّ بِهِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ حَقَّةٌ عَلَيْهِ.

فَإِنْ قُلْتُ: كَيْفَ لَا يُحْكَمُ بِمَجَرَّدِ النُّكُولِ، كَمَا يُحْكَمُ فِي النُّكُولِ عَنْ دَعْوَى
الْمَالِ؟

قُلْتُ: الْيَمِينُ فِي بَابِ الْقَسَامَةِ مُسْتَحَقَّةٌ لِذَاتِهَا. أَغْنِي: أَنَّهَا نَفْسُ الْحَقِّ، وَلَيْسَتْ
بِبَدَلٍ عَنِ الدِّيَةِ تَعْظِيمًا لِأَمْرِ الدَّمِّ، وَلَوْ كَانَتْ بَدَلًا عَنْهَا لَمْ يُجْمَعْ بَيْنَ الْيَمِينِ وَالدِّيَةِ.
فَدَلُّ أَنَّهَا مُسْتَحَقَّةٌ لِذَاتِهَا، بِخِلَافِ النُّكُولِ عَنِ الْيَمِينِ فِي دَعْوَى الْمَالِ، حَسْتُ نَجِبُ
الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ ثَمَّةٌ بَدَلٌ عَنْ أَصْلِ حَقِّ الْمُدَّعِي، وَأَصْلِ حَقِّهِ فِي الْمَالِ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى كَوْنِهَا بَدَلًا: أَنَّ الْمَدَّعَى عَلَيْهِ لَوْ بَدَلُ الْمُدَّعَى؛ يَسْقُطُ الْيَمِينُ.
وَفِي بَابِ الْقَسَامَةِ لَا يَسْقُطُ الْيَمِينُ بِتَذَلِّ [٢٧٦/٣] الدِّيَةِ، بَلْ يَجِبُ الْيَمِينُ لِمُكَرَّرَةٍ

(١) لَمْ يَطْفَرْ بِهِ فِي مَطَائِهِ مِنْ «جَمْعَةِ النَّسَبِ» لِلْكُتُبِيِّ، وَالْعِبَارَةُ بِسُجُودِهَا ثَابِتَةٌ فِي: «نَسَبِ مَعَدٍ وَالْمَسْرِ
الْكَبِيرِ» لِلْكُتُبِيِّ [٣٦٤/١]

(٢) يَنْظُرُ. «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٦/دآمد].

نَحْرُ فِيهِ لَا يَشْفُطُ بِبَذْلِ الدِّيَةِ ، هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى عَلَى الْبَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ ، وَالِدَّعْوَى فِي الْعَمْدِ أَوْ الْخَطَا لِأَنَّهُمْ لَا يَتَمَيَّزُونَ عَنِ الْبَاقِي .

غاية البيان

قوله: (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى عَلَى الْبَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ ، وَالِدَّعْوَى فِي الْعَمْدِ أَوْ الْخَطَا) ، أي . وجوب القسامة والدِّية فيما إذا كانت دعوى القتل على أهل المحلة جميعاً ، أو على بعضهم ، لا بأعيانهم ، سواءً كان الدعوى في العمد أو الخطأ ؛ لأنَّ البعض إذا لم نَكُنْ معيّناً لا يَتَمَيَّزُ عن البعض الآخر ، فصارت كما إذا ادَّعى على الجميع .

فأما إذا ادَّعى على البعض بعينه أنه قتل ولله عمداً أو خطأً : قَالَ صَاحِبُ الْهِدَايَةِ رحمته : (فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ) ، يَعْنِي : تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَالِدِّيَّةُ ، قَالَ : (يَدُلُّ عَلَيْهِ : إِبْطَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ) ، أَي : فِي كِتَابِ الْقُدُورِيِّ ، أَشَارَ بِهِ إِلَى مَا ذَكَرَ بِقَوْلِهِ : «وَإِذَا وَجَدَ الْقَتِيلُ فِي مَحَلَّةٍ لَا يُعْلَمُ مَنْ قَتَلَهُ ؛ اسْتَحْلَفَ خَمْسُونَ رَجُلًا مِنْهُمْ...» ^(١) . إِلَى آخِرِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَطْلَقَ وَجُوبَ الْقَسَامَةِ وَالِدِّيَّةَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ، وَلَمْ يُتَيَّدِ الدَّعْوَى بِالْوُقُوعِ عَلَى الْجَمِيعِ ، أَوْ عَلَى الْبَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ أَوْ بِأَعْيَانِهِمْ .

وَأَجَابَ فِي «الْمَبْسُوطِ» ^(٢) كَذَلِكَ ، أَعْنِي . أَنَّهُ أَوْجَبَ الْقَسَامَةَ وَالِدِّيَّةَ فيما إذا كَانَ الدَّعْوَى عَلَى الْبَعْضِ بِعَيْنِهِ .

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ» : «قَالَ فِي «الْأَصْلِ» : إِذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِعَيْنِهِ ؛ فَالْقَسَامَةُ وَالِدِّيَّةُ بِحَالِهَا» ^(٣) .

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته : الْقِيَاسُ : أَنْ تَشْفُطَ الْقَسَامَةُ إِلَّا أَمَّا تَرْكُاهُ لِلْأَثَرِ ، وَحَكَى

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٩٢] .

(٢) ينظر : «المبسوط» للسرخسي [١٩٣/٢٦] .

(٣) في «الأصل» ، «بحالهما» . والمثبت من «٢٢» ، «٢٣» ، «٢٤» ، «٢٥» ، «٢٦» .

وَلَوْ ادَّعَى عَلَى الْبَعْضِ بِأَعْيَانِهِمْ أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً فَكَذَلِكَ
الْجَوَابُ ، يَدُلُّ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ ، وَهَكَذَا الْجَوَابُ فِي « الْمَبْسُوطِ »
وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي غَيْرِ رِوَايَةٍ الْأُضْلُ أَنَّ فِي الْقِيَاسِ تَسْقُطُ الْقَسَامَةُ
وَالدِّيَّةُ عَنِ الْبَاقِينَ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ، وَيُقَدُّ لِلْوَلِيِّ أَلَاكَ بَيْتَةً ؟ فَإِنْ قَالَ لَا
يُسْتَحْلَفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَمِينًا وَاحِدَةً .

عَايِدَةُ الْبَيَانِ

هَشَمٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّ الْقَسَامَةَ تَسْقُطُ ، وَهِيَ رِوَايَةُ ابْنِ الْمُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ
إِلَى هَذَا لَفْظُ « التَّقْرِيبِ » .

وَجْهُ الْقِيَاسِ : أَنَّ دَعْوَاهُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ بَرَاءَةٌ يَبْقِيَتُهُمْ ، فَلَمْ يَجْزُ إِجَابُ
الْقَسَامَةِ وَالِدِّيَّةِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى ، فَيَجِبُ بِمِثْلِ وَاحِدَةٍ ، وَلِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْتِي وَجُوبَ
الْقَسَامَةِ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ؛ لِاحْتِمَالِ الْقَتْلِ مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَإِنَّمَا ثَبَتَتِ الْقَسَامَةُ بِالنَّصْرِ
إِذَا كَانَ الدَّعْوَى عَلَيْهِمْ جَمِيعًا ، وَالْمَكَانُ يُنْسَبُ [٢٢٥/٨ ط. م.] إِلَيْهِمْ ، فَيَبْقَى الْحُكْمُ فِي
الْبَاقِي ، وَهُوَ إِذَا كَانَ الدَّعْوَى عَلَى الْبَعْضِ بِعَيْنِهِ عَلَى أَضْلِ الْقِيَاسِ ، فَلَمْ يَجِبْ
الْقَسَامَةُ .

وَجْهُ الاسْتِحْصَانِ فِي وَجُوبِ الْقَسَامَةِ وَالِدِّيَّةِ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فِيمَا إِذَا كَانَ
الدَّعْوَى عَلَى الْبَعْضِ بِعَيْنِهِ : عَدَمُ فَضْلِ لِنَصْرِ الْوَارِدِ فِي بَابِ الْقَسَامَةِ بَيْنَ دَعْوَى
وَدَعْوَى ، فَتُرِكَ الْقِيَاسُ بِالنَّصْرِ ، فَوَجِبَ الْقَسَامَةُ وَالِدِّيَّةُ ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى
الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ؛ لَا يَجِبُ الْقَسَامَةُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّصْرَ لَمْ
يَرُدَّ بِإِسْحَابِهَا ، وَالْقِيَاسُ يَأْتِيهِ ، فَامْتَنَعَ الْقَسَامَةُ أَصْلًا .

ثُمَّ الْحُكْمُ فِيهِ إِنْ كَانَ لِلْوَلِيِّ بَيْتَةٌ حُكِمَ بِهَا ، وَإِلَّا يُسْتَحْلَفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِمِثْلِ
وَاحِدَةٍ ، فَإِنْ حَلَفَ بِرِيءٍ ، وَإِنْ نَكَلَ يُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كَانَ الدَّعْوَى فِي الْمَالِ - أَعْنِي : فِي
الْقَتْلِ خَطَأً ، أَوْ فِي الْقَطْعِ خَطَأً - يَتَبَيَّنُ الْمَالُ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْقِصَاصِ ؛ فَهِيَ عَلَى

وَوَجْهُهُ أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْتِيهِ لَاحْتِمَالُ وُجُودِ الْقَتْلِ مِنْ غَيْرِهِمْ، وَإِنَّمَا عُرِفَ
بِالنَّصِّ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي مَكَانٍ يُنْسَبُ إِلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِمْ وَالْمُدْعَى يَدْعِي الْقَتْلَ
عَلَيْهِمْ، وَفِيمَا وَرَآهُ بَقِيَ عَلَى أَصْلِ الْقِيَاسِ وَصَارَ كَمَا إِذَا ادَّعَى الْقَتْلَ عَلَى وَاحِدٍ
مِنْ غَيْرِهِمْ.

وَلِيَّ الْإِسْتِحْسَانِ تَجِبُ الْقَسَامَةُ وَالِدِّيَّةُ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لِأَنَّهُ لَا فَضْلَ فِي
إِطْلَاقِ النُّصُوصِ بَيْنَ دَعْوَى وَدَعْوَى فَتُوجِّهُ بِالنَّصِّ لَا بِالْقِيَاسِ، بِخِلَافِ مَا
إِذَا ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ نَصٌّ، فَلَوْ أَوْجَبْنَاهُمَا لِأَوْجِبْنَاهُمَا
بِالْقِيَاسِ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ، ثُمَّ حُكِمَ ذَلِكَ أَنْ يَثْبُتَ مَا ادَّعَاهُ إِذَا كَانَ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَإِنْ لَمْ
تَكُنْ اسْتَحْلَفَهُ يَمِينًا وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَسَرَ بِقَسَامَةٍ لِانْعِدَامِ النَّصِّ وَامْتِنَاعِ الْقِيَاسِ.

فَإِذَا الْبَيِّنَةُ

اِخْتِلَافٍ مَضَى فِي بَابِ الْيَمِينِ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ وَصَاحِبَيْهِ.

بَيَانُهُ: أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى [٥٤٧٢/٣] قِصَاصًا عَلَى غَيْرِهِ، فَجَعَلَ اسْتِحْلَافًا؛ لِقَوْلِهِ
﴿وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ﴾^(١)، فَإِنْ تَكَلَّمَ عَنِ الْيَمِينِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، لَزِمَهُ
الْقِصَاصُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، خِلَافَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما الله، فَعَدَمَهُمَا: يَجِبُ
الْأَرْضُ بِنَاءً عَلَى اخْتِلَافِهِمْ فِي مَعْنَى النُّكُولِ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّهُ فِي مَعْنَى
الْبَذْلِ، وَيَذُلُّ مَا دُونَ النَّفْسِ يَصْحُحُ مِنْ طَرِيقِ الْحُكْمِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ أَذِنَ لِرَجُلٍ فِي
قَطْعِ يَدِهِ، فَقَعَلَ؛ لَمْ يَلْزَمَهُ قِصَاصٌ، وَلَا ضَمَانٌ كَمَا لَوْ اسْتَوْفَاهُ بِحَقٍّ، فَإِذَا صَحَّ
بَدَلُهُ؛ جَازَ اسْتِيفَاؤُهُ بِالنُّكُولِ كَالْأَمْوَالِ.

وَعَلَى قَوْلِهِمَا: النُّكُولُ قَائِمٌ مَقَامَ الْإِقْرَارِ، وَلَيْسَ بِصَرِيحٍ فِيهِ، بِدَلِيلِ افْتِقَارِهِ
إِلَى حُكْمِ الْحَاكِمِ، وَالْإِقْرَارُ حُكْمُهُ ثَابِتٌ بِنَفْسِهِ، وَالْقِصَاصُ لَا يَثْبُتُ بِمَا قَامَ مَقَامَ
الْيَمِينِ، وَمَتَى تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ وَجَبَ الْمَالُ، كَدَمِ الْعَمْدِ الْمُشْتَرِكِ إِذَا عَقِيَ

ثُمَّ إِنْ حَلَفَ بَرِيءٌ وَإِنْ نَكَلَ فَالدَّعْوَى فِي الْمَالِ يَثْبُتُ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِي الْقِصَاصِ فَهُوَ عَلَى اخْتِلَافٍ مَضَى فِي كِتَابِ الدَّعْوَى سَنَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

قَالَ : فَإِنْ لَمْ يَكْمُلْ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ كُرِّرَتْ عَلَيْهِمُ الْإِيمَانُ حَتَّى تَتِمَّ خُمْسِينَ ؛

﴿ هَذِهِ الْبَيَانُ ﴾

أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ .

وَإِنْ نَكَلَ فِي النَّفْسِ حُبْسٌ حَتَّى يَمُوتَ ، أَوْ يَخْلِفَ ، أَوْ يَمُوتَ جُوعًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

﴿ هَذِهِ ﴾

وَقَالَا : يَلْزَمُهُ الْأَرْضُ ، كَمَا فِي النُّكُولِ فِي [لَطْرَفِ] (١) .

وَقَدْ كَانَ الْقِيَاسُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؓ : أَنْ يُقْتَصَّ مِنْهُ لِمَا مَرَّ فِيهَا دُونَ النَّفْسِ ، وَإِنَّمَا اسْتَحْسَنَ فِي إِسْقَاطِ الْقِصَاصِ اسْتِعْظَامًا لِحُرْمَةِ النَّفْسِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ مَا لَمْ يَتَّعَلَّقْ بِغَيْرِهَا مِنْ تَكَرُّرِ الْإِيمَانِ ، وَوُجُوبِ الْكُفَّارَةِ ، فَلِذَلِكَ افْتَرَقَا ، وَإِنَّمَا قَالَ : يُحْبَسُ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ قَدْ يَكُونُ نَفْسُ الْحَقِّ ؛ بِدَلِيلِ اجْتِمَاعِ الدِّيَةِ وَالْقَسَامَةِ فِي الْقَتِيلِ الَّذِي يُوَحَّدُ فِي الْمَحَلَّةِ ، وَإِذَا جَازَ أَنْ يَكُونَ نَفْسُ الْحَقِّ ، فَمَتَى امْتَنَعَ مِنْ إِيْفَائِهَا ، وَتَعَدَّرَ الْحُكْمَ بِمُوجِبِ نُكُولِهِ ، وَجَحَتِ أَنْ يُحْبَسَ ، وَعَلَى قَوْلِهِمَا : لَمَّا تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ وَجَبَ الْمَالُ ، وَبَاقِي التَّفْصِيلِ مَرَّ فِي بَابِ الْيَمِينِ مِنْ كِتَابِ الدَّعْوَى .

قَوْلُهُ : (سَنَذْكُرُهُ مِنْ بَعْدِ) ، أَي : سَنَذْكُرُ حُكْمَ مَنْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بَعْدَ وَرَقَتَيْنِ عِنْدَ قَوْلِهِ [٢٦٦/٢] : (وَإِنْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ سَقَطَ عَنْهُمْ) .

قَوْلُهُ : (قَالَ : فَإِنْ لَمْ يَكْمُلْ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ كُرِّرَتْ عَلَيْهِمُ الْإِيمَانُ حَتَّى تَتِمَّ خُمْسِينَ) ، أَي : قَالَ الْقُدُورِيُّ ؓ فِي «مَخْتَصَرِهِ» (٢)

(١) ما بين الممنوعتين زيادة من «ن»، «غ»، «ف»، «م»، «و» .

(٢) ينظر : «مختصر القدوري» [ص ١٩٢] .

لَمْ رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ لَمَّا قَضَى فِي الْقَسَامَةِ وَافَى إِلَيْهِ ثَسْعَةً وَأَرْبَعُونَ رَجُلًا

عَبْدُ الْبَيْتِ

وَذَلِكَ لِأَنَّ الْخُمْسِينَ يَمِيًا وَاجِبٌ بِالسَّنَةِ، فَبِحِثِّ إِكْمَالِهَا مَا امْكَنَ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ رضي الله عنه أَنَّهُ لَمَّا قَضَى فِي الْقَسَامَةِ وَافَى ثَسْعَةً وَأَرْبَعُونَ رَجُلًا، فَكَرَّرَ الْيَمِينَ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ حَتَّى تَمَّتِ الْخُمْسُونَ، ثُمَّ قَضَى بِالْيَدِيَةِ.

رَوَاهُ الْكُرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» بِإِسْنَادِهِ إِلَى ابْنِ الْأَعْرَجِ قَالَ: حَدَّثَنَا السَّخَّارِيُّ بْنُ الْأَرْمَعِ: «أَنَّهُ كَانَ فِيمَنْ حَلَفَ، فَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا، وَكَانُوا ثَسْعَةً وَأَرْبَعِينَ رَجُلًا، فَأَخَذَ عُمَرُ مِنْهُمْ رَجُلًا حَتَّى تَمَّ ثَمَانِينَ، فَقَالُوا: نَعْطِي أَمْوَالَنَا وَأَيَّامَنَا؟ قَالَ عُمَرُ رضي الله عنه: نَعَمْ، فِيمَ يَبْطُلُ دَمٌ هَذَا؟» (١) (٢)

فَإِنْ قِيلَ: أَيُّ فَائِدَةٍ [٤٧٣/٢] فِي تَكَرُّرِ الْيَمِينِ، وَمَنْ حَلَفَ مَرَّةً يَخِيفُ أُخْرَى، وَهُوَ الظَّاهِرُ؟

قُلْنَا: لَا حَاجَةَ إِلَى بَيَانِ الْفَائِدَةِ؛ لِأَنَّ التَّكَرُّرَ ثَبَتَ بِالسَّنَةِ، أَوْ نَقُولُ: الْفَائِدَةُ سِتْعَظَامُ أَمْرِ الدِّمِّ، وَلِهَذَا قُلْنَا بِتَكَرُّرِ الْيَمِينِ فِي النُّعَانِ، وَدَلَّكَ يَمِينُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ رضي الله عنه، وَعِنْدَنَا: مُشْتَمِلٌ عَلَى مَعْنَى الْيَمِينِ وَالشَّهَادَةِ، ثُمَّ إِذَا كَانَ الْعَدَدُ كَامِلًا، فَلَيْسَ لِلرُّوَيْيِ أَنْ يَكْرِّرَ الْيَمِينَ عَلَى بَعْضِهِمْ زِيَادَةً عَلَى اخْتِمَامِ يَمِيًا؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ إِقَامَةُ السَّنَةِ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَى الزِّيَادَةِ.

قَوْلُهُ: (وَافَى إِلَيْهِ)، هَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» رضي الله عنه، وَأَهْلُ النُّعَةِ يَقُولُونَ:

(١) مَضَى تَخْرِيجُهُ بِنَحْوِهِ مِنْ رِوَايَةِ الطَّحَاوِيِّ، وَقَدْ أَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ فِي: «الْأَمِّ» [٣١/٨] وَمِنْ طَرِيقِ الْبَيْهَقِيِّ فِي «السَّنَنِ الْكَبِيرِ» [١٢٤/٨]، وَفِي «مَعْرِفَةِ لِسَانِ وَالْأَدْرِ» [١٦/١٢]، أَخْبَرَنَا مُفَتِّانُ بْنُ عُيَيْنَةَ عَنْ مُنْصَوِّرٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ: «أَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه كَتَبَ لِي قَبِيلَ وَجَدَ بَيْنَ خَيْرِ بْنِ وَدَاعَةَ أَنْ يُقَاسَ مَا بَيْنَ الْقَرَيْنَتَيْنِ، فَوَلَّى أَبُوهَا كَانَ أَقْرَبَ أُخْرَجَ إِلَيْهِ بَيْنَهَا خَمْسُونَ رَجُلًا حَتَّى يَرَاهُ بِمَكَّةَ، فَأَذْهَبَهُمْ إِلَى جَبَلٍ فَأَخْلَفَهُمْ، ثُمَّ قَضَى عَلَيْهِمْ بِالْيَدِيَةِ، فَقَالُوا: مَا دَفَعْتَ أَمْوَالَنَا أَيَّامَنَا، وَلَا أَيَّامَنَا أَمْوَالَنَا.» وَيَنْظُرُ: «الْبَدْرِ لِمَنْبَرٍ» لابْنِ الْمَلَقَنِ [٥١٥/٨ - ٥١٦].

(٢) يَنْظُرُ: «اشرح مختصر لكرخي» لبلقدوري [ق/٣٤٥/٣ دامد].

فَكَرَّرَ الْيَمِينَ عَلَى رَحْلِ مِنْهُمْ حَتَّى تَمَّتْ خَمْسِينَ ثُمَّ قَضَى بِالْذِّبَةِ.

وَعَنْ شَرِيحٍ وَالتَّحْفِيِّ مِثْلُ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ الْخَمْسِينَ وَاجِبٌ بِالسُّنَّةِ فَيَجِبُ
إِتْمَامُهَا مَا أُمِّكَنْ، وَلَا يُطْلَبُ فِيهِ [٥/٢٧٥] الْوُقُوفُ عَلَى الْقَائِدَةِ لِشَوْتِهَا بِالسُّنَّةِ،
ثُمَّ فِيهِ اسْتِعْظَامُ أَمْرِ الدِّمِّ، فَإِنْ كَانَ الْعَدَدُ كَامِلًا فَأَرَادَ الْوَلِيُّ أَنْ يُكَرِّرَ عَلَى أَحَدِهِمْ
فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْمَصِيرَ إِلَى التَّكَرُّارِ ضَرُورَةٌ الْإِكْمَالِ.

قَالَ: وَلَا قَسَامَةَ عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ^(١)؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْقَوْلِ
الصَّحِيحِ وَالْيَمِينِ قَوْلٌ.

قَالَ (وَلَا امْرَأَةٌ وَلَا عَبْدٌ) لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ التَّضَرُّعِ وَالْيَمِينِ عَلَى أَهْلِهَا.
قَالَ (وَأِنْ وُجِدَ مَيِّتًا وَلَا أَثَرُ بِهِ؛ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا ذِبَّةَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِقَتِيلٍ، إِذَا

غاية البيان

وَأَقَامَ، أَيْ: أَتَاهُ بِدُونِ الصَّلَاةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا قَسَامَةَ عَلَى صَبِيٍّ، وَلَا مَجْنُونٍ)، أَيْ: قَالَ الْقُدُّورِيُّ
فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَلَا امْرَأَةٌ وَلَا عَبْدٌ»^(٢). وَذَلِكَ لِأَنَّ الْيَمِينَ قَوْلٌ، وَلَا
صَحَّةَ لِقَوْلِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ.

وَأَمَّا الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ: فَلِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ التَّضَرُّعِ، وَوَجوبُ الْقَسَامَةِ عَلَى مَنْ
يَنْصُرُ الْبُغْيَةَ، وَلِأَنَّ هَؤُلَاءِ أُنْعِجُ فِي الْمَحَلَّةِ وَلَيْسُوا بِأَصُولٍ^(٣).

قَوْلُهُ: (وَأِنْ وُجِدَ قَتِيلًا، وَلَا أَثَرُ بِهِ؛ فَلَا قَسَامَةَ وَلَا ذِبَّةَ)، هَذَا لَفْظُ الْقُدُّورِيِّ
فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الدِّمُّ يَسِيلُ مِنْ دُبُرِهِ، أَوْ أَنْفِهِ، أَوْ

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: أَخ: وَلَا مَجْنُونٍ.

(٢) يُنْظَرُ الْمَصْدَرُ أَسَاقٍ.

(٣) يَطْرُقُ «الْأَصْلُ» [٥٩٥/٤]، «الْمَبْسُوطُ» [١٣٢/٢٧]، «بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ» [٣٠٨/٦]، [٣٠٩].

«الْأَحْيَاءُ» [٥٢٢/٥]، «تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ» [١٧٨/٦]، «الْفَنَائِئُ الْهَدِيَّةُ» [١٠٤/٦].

الْقَتِيلُ فِي الْعَرْفِ مَنْ قَاتَتْ حَيَاتُهُ بِسَبَبِ يُبَاشِرُهُ حَيٌّ وَهَذَا مَيِّتٌ حَتْفَ أَنْفِهِ،

﴿حاشية البين﴾

فِيهِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْ عَيْنِهِ، أَوْ أُذُنِهِ، فَهُوَ قَتِيلٌ^(١)، لَيْسَ هَذَا لَفْظُ «الْمَخْتَصِرِ».

وصاحب «الهداية» رحمه الله لَمْ يَذْكُرْ فِيهَا الْأَنْفَ، وَالْعَالِبُ أَنَّهُ سَهَرُ الْقَلَمِ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَهُ فِي «الْبَدَايَةِ»، كَمَا قَرَّرَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ».

وَالْأَصْلُ فِيهِ: أَنَّ الْقَتِيلَ اسْمٌ لِمَيِّتٍ مَاتَ بِسَبَبِ بَاشَرَهُ حَيٌّ عَادَةً، فَإِذَا وُجِدَ فِي الْمَحَلَّةِ سَبَبٌ قَاتِلٌ عَادَةً يُوجَدُ مِنَ الْعَبْدِ، يُسْتَقْدَلُ بِهِ عَلَى أَنَّهُ قَتِيلٌ، وَإِلَّا فَلَا، وَخُرُوجُ الدَّمِ مِنْ مَوْضِعٍ يَخْرُجُ مِنْهُ الدَّمُ عَادَةً مِنْ غَيْرِ ضَرْبٍ؛ لَا يَكُونُ أَثَرًا لِقَتْلِ، كَمَا إِذَا خَرَجَ مِنْ قِمِّهِ، أَوْ أَنْفِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ ذَلِكَ مِنْ رُءُوفٍ، فَلَمْ يَصْلُحْ [٨/٢٢٦ ط/٢] دَلِيلًا عَلَى وَجُودِ ضَرْبٍ فِي الْمَحَلِّ.

وكَذَلِكَ إِنْ خَرَجَ مِنْ دُبُرِهِ؛ لَا يَكُونُ دَلِيلًا عَلَى الْقَتْلِ، فَإِنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَعَلَّةً فِي الْبَاطِنِ، وَقَدْ يَكُونُ لِأَكْلِ شَيْءٍ غَيْرِ مُوَافِقٍ، وَكَذَلِكَ إِنْ خَرَجَ مِنَ الْإِحْلِيلِ؛ لَا يَكُونُ ذَلِكَ دَلِيلًا عَلَى الْقَتْلِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ ذَلِكَ لِعَرْقٍ انْفَجَرَ فِي الْبَاطِنِ، أَوْ لَضَعْفِ الْكُلِيِّ، أَوْ لَضَعْفِ الْكَبِدِ، وَقَدْ يَقَعُ مِنْ شِدَّةِ الْخَوْفِ أَيْضًا، فَأَمَّا إِذَا خَرَجَ الدَّمُ مِنْ أُذُنِهِ، أَوْ حَنِينِهِ؛ كَانَ ذَلِكَ دَلَالَةً الْقَتْلِ ظَاهِرًا؛ لِأَنَّ الدَّمَ لَا يَخْرُجُ مِنْهُمَا عَادَةً إِلَّا بِضَرْبٍ حَادِثٍ.

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رحمه الله فِي «شرح الزِّيَادَاتِ»: «وَدَلَالَةُ الْقَتْلِ جَرَا حَةً تُؤَخِّدُ، أَوْ دَمٌ يَخْرُجُ مِنْ عَيْنِهِ، أَوْ أُذُنِهِ، أَوْ يَصْعَدُ مِنْ جَوْفِهِ إِلَى رَأْسِهِ، فَأَمَّا مَا يَخْرُجُ مِنْ أَنْفِهِ، أَوْ دُبُرِهِ، أَوْ ذَكَرِهِ، أَوْ يَنْزِلُ مِنْ رَأْسِهِ إِلَى رِجْلَيْهِ؛ فَلَيْسَ يَصْلُحُ دَلِيلًا عَلَى الْقَتْلِ». إِلَى هُنَا لَفْظُهُ.

فَعَلَى مَا ذَكَرَهُ: يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ فِي لَدَمِ الْخَارِجِ [٢/١٧٣ ط] مِنَ النِّصَمِ

(١) ينظر: نفس المصدر.

والغرامة تُشْتَعُ فِعْلُ الْعَنْدِ وَالْقَسَامَةُ لِاحْتِمَالِ^(١) الْقَتْلِ ثُمَّ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَسَمُ وَلَا
يُذَمُّ مَنْ أَنْ يَكُونَ بِهِ أَثَرٌ يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَى كَوْنِهِ قَتِيلًا ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ بِهِ جِرَاحٌ
أَوْ أَثَرٌ ضَرْبٍ أَوْ حَنْقٍ ، وَكَذَا إِذَا كَانَ خَرَجَ الدَّمُ مِنْ عَيْنِهِ أَوْ أُذُنِهِ لِأَنَّهُ لَا يَخْرُجُ
مِنْهَا إِلَّا بِفِعْلِ مَنْ جَهَةِ الْحَيِّ عَادَةً ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَرَجَ مِنْ فِيهِ أَوْ ذُبْرِهِ أَوْ ذَكَرِهِ
لِأَنَّ الدَّمَ يَخْرُجُ مِنْ هَذِهِ الْمَخَارِقِ^(٢) عَادَةً بِغَيْرِ فِعْلِ أَحَدٍ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الشَّهِيدِ
وَلَوْ وَجَدَ بَدَنُ الْقَتِيلِ ، أَوْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْبَدَنِ ، أَوْ النِّصْفُ وَمَعَهُ الرَّأْسُ
فِي مَحَلَّةٍ ؛ فَعَلَى أَهْلِهَا الْقَسَامَةُ وَالِدِّيَّةُ .

في حجة الدين

على التفصيل .

قوله: (وَالْغَرَامَةُ) ، أَرَادَ بِهَا: الدِّيَّةُ ، يَعْنِي: أَنَّ غَرَامَةَ الدِّيَّةِ إِنَّمَا تَلَزِمُ الْعَدَّ إِذَا
وُجِدَ فِعْلُ الْقَتْلِ ، وَإِذَا لَمْ يُوْجَدْ فَلَا .

قوله: (وَالْقَسَامَةُ لِاحْتِمَالِ الْقَتْلِ) ، يَعْنِي: أَنَّ الْقَسَامَةَ أَيْضًا إِنَّمَا تَجِبُ عَلَى
أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لِاحْتِمَالِ وَقُوعِ الْقَتْلِ مِنْهُمْ ، فَيُظْهِرُ ذَلِكَ بِالْقَسَامَةِ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْقَتْلُ
مُحْتَمَلًا لِعَدَمِ أَثَرِهِ ؛ فَلَا تَجِبُ الْقَسَامَةُ .

قوله: (ثُمَّ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَسَمُ) ، أَي: يَجِبُ عَلَى الْعَبْدِ الْيَمِينُ .

قوله: (وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الشَّهِيدِ) ، يَعْنِي: فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ فِي بَابِ الشَّهِيدِ .

قوله: (وَلَوْ وَجَدَ بَدَنُ الْقَتِيلِ ، [أَوْ]^(٣) أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْبَدَنِ ، أَوْ النِّصْفُ
وَمَعَهُ الرَّأْسُ فِي مَحَلَّةٍ ؛ فَعَلَى أَهْلِهَا الْقَسَامَةُ وَالِدِّيَّةُ .

(١) في حاشية الأصل: «ح: احتمال» .

(٢) في حاشية الأصل: «ح: المخارج» .

(٣) ما بين المقوسين زيادة من «ح» ، «ع» ، «و» ، «٢٤٦» ، «٢٤٧» ، «٢٤٨» .

وإن وُجد بصفة مشقوقاً بالطول، أو وُجد أقل من النصف ومعه الرأس،
زبدته، أو رخلته، أو رأسه؛ فلا شيء عليهم؛ لأن هذا حكم عرفي بالنقص

﴿عامة المبيد﴾

وإن وُجد بصفة مشقوقاً بالطول، أو وُجد أقل من النصف ومعه الرأس، أو
معه، أو رخلته، أو رأسه؛ فلا شيء عليهم^(١).

وهذه من مسائل [الأصل^(٢)] ذكرها^(٣) تفریعاً على مسألة «المختصر»،
ودعت لأن وجوب القسامة على أهل المحلة، ووجوب الدية على عواقبهم ثبت
نقص، بخلاف القياس، والنقص ورد في كل البدن، وأكثر البدن كل حكمًا، وإن
له يكن كل حقيقة، فالجق أكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية تعظيمًا
لأمر الدم، وما سواه ليس بكل أضل، لا حقيقة ولا حكمًا، فبقي على أصل
نقيس، فلم يجب فيه القسامة والدية.

ولأنه إذا وُجد الأقل، وجري فيه القسامة والدية، ثم إذا وُجد الباقي في
محنة أخرى، يلزم فيه القسامة والدية أيضًا؛ لأنه إذا وجب القسامة فيه والدية في
الأقل؛ كان وجوبهما في الأكثر أولى، فيتكرر [٢٢٧، ٢٢٨] القسامة والدية، والتكرار
بهما ليس بمشروع.

بخلاف ما إذا وجبت القسامة والدية في الأكثر^(٤) أولاً، حيث لا يلزم
القسامة والدية في الأقل ثانياً إذا وُجد في محلة أخرى؛ لأنه لا يلزم من الوجوب
في الأكثر الوجوب في الأقل؛ لأن في الأكثر إنما وجب ذلك؛ لأنه في معنى

١. غير الأصل [٤٣٠، ٤ - ٤٣٣]، «مختصر الطحاوي» [ص ٢٤٨]، «المبسوط» [٢٦، ١١٠،
١١٦]، «بدائع الصانع» [٣٥٦/٦، ٣٥٧]، «تيسر الحنفية» [١٧٠/٦، ١٧٢]، «تكملة المحرر
ناتر» [٤٤٧/٨]، «الفتاوى الهندية» [٩٣/٦، ٩٤].

٢. غير الأصل المعروف بالمبسوط [٥٦٩/٦، طعة، وزارة الأوقاف عطرية]

٣. في الأصل: «الأصول ذكره»، والمثبت من: «٢٥»، «٢٥»، «٢٥»، «٢٥»، «٢٥»، «٢٥»

٤. في الأصل: «الأقل»، والمثبت من: «٢٥»، «٢٥»، «٢٥»، «٢٥»، «٢٥»، «٢٥»

وَقَدْ وَرَدَ بِهِ فِي الْبَدَنِ ، إِلَّا أَنْ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ تَعْظِيمًا لِلْأَدَمِيِّ ، بخلاف الأصل
لأنه ليس يبدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ، ولأننا لو اعتدنا بتكرار
القسامتان والدبتان بمقابلة نفس واحدة ولا يتواليان ، والأصل فيه أن الموجود
الأول إن كان بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه ، وإن كان
بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة تجب ، والمعنى ما أشرنا إليه .
وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الأصل لأنها لا تتكرر .

غاية البيان

الكل حكماً ، ولم يوجد هذا المعنى في الأقل .

قوله : (يتكرر القسامتان والدبتان) ، وكان ينبغي ألا يذكروهما بلفظ التثنية .
لأنه حينئذ يكون أكثر من القسامتين والدبتين ، وليس كذلك ، ولكنه أراد بذلك
ثبوت القسامة مكرراً ، وثبوت الدية مكرراً .

قوله : (والأصل فيه) ، أي : الأصل في وجوب القسامة والدية . وعده
وحويها إذا وجد بعض القتل : أن البعض الذي وجد إذا كان بحال لو وجد [في
البدن تجري فيه القسامة والدية ، لا تجريان في الموجود أولاً ، وإن كان الموجود
أولاً بحال لو وجد الباقي ؛ لا يخريان في] ^(١) الباقي ، يخريان في الموحود أولاً .
والمعنى في وجوبهما وعدم وجوبهما تكرار القسامة والدية وعدم تكرارهما .

قوله : (وصلاة الجنازة في هذا) ، أي : في وجود بعض الميت تنسحب على
هذا الأصل . يعني : إذا وجد الأكثر يصلّى عليه وإلا فلا ، وإنما انسحبت على
الأصل المذكور ؛ لأن صلاة الجنازة لا تتكرر كما أن القسامة لا تتكرر .

قال في «الفناوى الصغرى» : «إذا وجد من الميت أقل من النصف ، وليس
[في الرأس ؛ لا يصلّى عليه ، وهذا إشارة إلى أنه إذا كان معه الرأس يصلّى

(١) ما بين المحققين زيادة من : «ال» ، «ع» ، «و» ، «م» ، «و» .

وَلَوْ وُجِدَ فِيهِمْ جَنِينٌ ، أَوْ سَقَطَ لَيْسَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَى أَهْلِ
الْمَحَلَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفُوقُ الْكَبِيرَ حَالًا (وَإِنْ كَانَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ [١/٢٧٦] وَهُوَ تَامٌ
الْحَلْقِ وَجِبَتْ الْقَسَامَةُ وَالِدِيَّةُ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ تَامَ الْحَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا
(وَإِنْ كَانَ نَاقِصَ الْحَلْقِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ) لِأَنَّهُ يَنْفَصِلُ مَيِّتًا لَا حَيًّا .

غاية البيان

عليه ، ولو وُجِدَ النِّصْفُ مَشْقُوقًا بِنِصْفَيْنِ مَعَ كُلِّ نِصْفٍ نِصْفُ مِنَ الرَّأْسِ ؛ لَا يُعْتَلُّ ،
وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ ، وَلَوْ وُجِدَ الرَّأْسُ وَخَدَهُ لَا يُصَلَّى عَلَيْهِ ، وَلَوْ وُجِدَ الْكُلُّ إِلَّا الرَّأْسُ
يُصَلَّى عَلَيْهِ ، وَكَذَا فِي الْقَسَامَةِ إِذَا وُجِدَ الرَّأْسُ وَخَدَهُ فِي الْمَحَلَّةِ ؛ لَا يَجِبُ الْقَسَامَةُ ،
وَإِذَا وُجِدَ الْبَدَنُ كُلُّهُ إِلَّا الرَّأْسُ يَجِبُ ^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْفَتَاوَى الصُّغْرَى» .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ وُجِدَ فِيهِمْ جَنِينٌ ، أَوْ سَقَطَ لَيْسَ بِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَى
أَهْلِ الْمَحَلَّةِ) ، أَيُ : لَوْ وُجِدَ فِي الْمَحَلَّةِ .

وَكَانَ الْقِيَاسُ أَنْ يُقَالَ : «فِيهَا» ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ بِلَفْظِ الْعُقْلَاءِ ؛ بِتَأْوِيلِ إِرَادَةِ الْقَوْمِ ،
أَوِ الْجَمَاعَةِ ، أَوْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ، وَقَدْ ذَكَرَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ تَعْرِيمًا أَيْضًا .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ عَلَاءُ الدِّينِ الْأَنْسَبِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «شرح الكافي» : «وَإِنْ
وُجِدَ فِيهَا جَنِينٌ ، أَوْ سَقَطَ ؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِهِ أَثَرٌ [١/٢٧٧/٨] ، وَإِنْ
كَانَ تَامًا وَبِهِ أَثَرٌ فَهُوَ قَتِيلٌ مُطْلَقٌ ظَاهِرًا ، فَيَجْرِي فِيهِ الْقَسَامَةُ وَالِدِيَّةُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ
تَامَ الْحَلْقِ يَنْفَصِلُ حَيًّا ، فَيَكُونُ قَتِيلًا ظَاهِرًا لَوْجُودِ دَلِيلِ الْقَتْلِ ، وَهُوَ الْأَثَرُ .

وَلَا يُقَالُ : الظَّاهِرُ يَصْلُحُ حِجَّةً لِلدَّفْعِ ، لَا لِلِاسْتِحْقَاقِ ، وَلِهَذَا لَمْ يَجِبْ فِي
عَيْنِ الصَّبِيِّ وَلِسَانِهِ وَذَكَرِهِ إِذَا لَمْ يُعْلَمْ صِحَّتُهُ سِوَى حُكُومَةِ الْعَدْلِ ، وَلَمْ يَجِبْ مَا
وَحَبَّ فِي السَّلِيمِ مِنْهَا ، وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ سَلَامَتِهَا .

لَأَنَّا نَقُولُ : إِنَّمَا لَمْ يَجِبْ فِي الْأَطْرَافِ قَبْلَ أَنْ يُعْلَمَ الصَّحَّةُ ، مَا يَجِبُ فِي

(١) يَظَرُ «الْفَتَاوَى الصُّغْرَى» لِلصَّادِقِ الشَّهِيدِ [٢٥/ف]

قال: وإذا وجد القَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ، فَالدَّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ذَرَّةً
أَهْلُ الصَّخْلَةِ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ قِصَارٌ كَمَا إِذَا كَانَ فِي دَارِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ قَائِمًا إِزْ

بِأَمْرِ الْمَلِكِ

السُّلَيْمِ، لِأَنَّ الْأَطْرَافَ يُنْسَلِكُ بِهَا مِثْلُكَ الْأَمْوَالِ، وَلَيْسَ لَهَا تَعْظِيمُ الثَّمَنِ، وَهِيَ
يَجِبُ فِيهَا قَبْلَ الْعِلْمِ بِالصَّخْلَةِ مِنَ الْقِصَاصِ وَالْدِّيَّةِ، بِخِلَافِ الْحَيِّ، فَإِنَّهُ يُغْرَمُ مِنْ
وَجْهِهِ، غَضْرًا مِنْ وَجْهِهِ.

فَإِذَا انْفَصَلَ تَأَمَّ الْخَلْقُ وَبِهِ أَثَرُ الضَّرْبِ، وَخَفِيَ فِيهِ الْقِتَامَةُ وَالْدِّيَّةُ نَعْمًا
لِلثَّمَنِ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ قَتِيلٌ لَوْحُودٍ دَلَالَةُ الْقَتْلِ، وَهَذَا الْأَثَرُ إِذَا الظَّاهِرُ مِنْ حَالِ
تَمَامِ الْخَلْقِ أَنْ يَنْفَصَلَ حَيًّا، وَأَمَّا إِذَا مَا انْفَصَلَ مَيِّتًا، وَلَا أَثَرُ بِهِ، فَلَا يَجِبُ فِيهِ
شَيْءٌ، لِأَنَّ حَالَهُ لَا يَفُوقُ حَالَ الْكَبِيرِ، فَإِذَا وَجِدَ الْكَبِيرُ مَيِّتًا، وَلَا أَثَرُ بِهِ، لَا يَجِبُ
فِيهِ شَيْءٌ، فَكَذَا هُنَا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ، فَالدَّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ذَرَّةً
أَهْلُ الصَّخْلَةِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ هَلَاءُ الدِّينِ الْأَسْبَغَابِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «شرح الكافي»^(٢) وَجَدَ
وَجَدَ الرَّجُلُ قَتِيلًا عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا رَجُلٌ، أَوْ يَقُودُهَا، أَوْ هُوَ رَاكِبُهَا، فَهُوَ عَلَى
الدَّيَّةِ مَعَ الدَّابَّةِ، لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ، فَيَكُونُ أَقْدَرُ عَلَى صِيَابَتِهِ، وَأَوْفَقُ عَلَى
حَالِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا أَحَدٌ، فَعَلَى أَهْلِ الصَّخْلَةِ الدِّينِ وَجَدَ فِيهِمْ عَلَى الدَّابَّةِ، لَا
فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مَوْصُوعًا عَلَى الدَّابَّةِ، أَوْ مَطْرُوحًا عَلَى الْأَرْضِ، وَكَذَلِكَ الرَّجُلُ
يَخْتَلِفُ [٢٤٧/٢] قَتِيلًا فَهُوَ عَلَيْهِ. إِلَى هَذَا لَفْظُهُ.

وَلَا يَتَفَاوَتُ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الدَّابَّةُ مِلْكًا لِلسَّائِقِ، أَوْ الْقَائِدِ، أَوْ الزَّاكِّ، لِأَنَّ
الرِّوَايَةَ مُطْلَقَةً فِي «الْأَصْلِ»، وَ«الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ، وَ«مَخْتَصَرُ الطَّحَاوِيِّ»^(٣)

(١) بَطْنُ «مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» [١٩٢/١]

(٢) بَطْنُ: «مَخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ» [٢٥٠/١]

زَاكِتْهَا (فَإِنْ اجْتَمَعُوا فَعَلَيْنَهُمْ) لِأَنَّ الْقَتِيلَ فِي أَيْدِيهِمْ فَصَارَ كَمَا إِذَا وُجِدَ فِي دَارِهِمْ.

﴿حَدِيثُ أَبِي بَرَّةٍ﴾

وَالْكَرْجِيُّ وَغَيْرُهَا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْقَتِيلَ فِي يَدِهِ ، فَكَانَ أَحْصَى بِهِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ .
وَأُورِدُوا هُنَا سَوَالًا وَجَوَابًا فَقَالُوا: مَا الْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَبِيبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَمُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، حَيْثُ أَوْجَبُوا الْقَسَامَةَ وَالذِّبَةَ عَلَى السَّائِقِ أَوِ الْقَائِدِ ، مَا لَمْ يَكُنْ لِلدَّابَّةِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَفِي الْقَتِيلِ إِذَا وُجِدَ فِي الدَّارِ لَمْ يُوجِبِ الْقَسَامَةَ وَالذِّبَةَ عَلَى السُّكَّانِ ٢٢٨/٨ ، بَلْ عَلَى الْمَلِكِ . فَأَجَابُوا أَوَّلًا بِطَرِيقِ الْمَعِ ، وَثَانِيًا بِطَرِيقِ التَّسْلِيمِ .

أَمَّا الْأَوَّلُ: فَقَالُوا: لَا نُسَلِّمُ أَنَّ الْقَسَامَةَ وَالذِّبَةَ لَا تَحِبُّ عَلَى مَالِكِ الدَّابَّةِ مُطْلَقًا ، بَلْ تَحِبُّ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَالِكُ الدَّابَّةِ مَعْرُوفًا .

وَأِنَّمَا وَقَعَ جَوَابُ صَاحِبِ الْكِتَابِ هَكَذَا فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَالِكُ مَعْرُوفًا ، وَلَكِنَّهُ يُعْرَفُ ذَلِكَ بِقَوْلِ السَّائِقِ وَالْقَائِدِ ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَالِكُ مَعْرُوفًا ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ هُوَ الْمَالِكُ ، لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ ، وَلَا يُسْمَعُ قَوْلُهُ فِي دَعْوَاهُ أَنَّ الْمَلِكَ لغيرِهِ ، كَمَا فِي الدَّارِ أَيْضًا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَالِكُهَا مَعْرُوفًا لَا يُعْرَفُ ذَلِكَ إِلَّا بِقَوْلِ ذِي الْيَدِ ، لَا يُسْمَعُ ذَلِكَ مِنْهُ ، بَلْ يَحِبُّ الْقَسَامَةُ وَالذِّبَةَ عَلَى ذِي الْيَدِ ، فَلَمْ يَتَّقِ إِذْنُ فَرْقٍ بَيْنَ الدَّابَّةِ وَالدَّارِ ، وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ الْمَشَائِخِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ .

وَأَمَّا الثَّانِي: فَقَالُوا: إِنَّمَا كَانَ الْجَوَابُ فِي الدَّابَّةِ مُطْلَقًا عَلَى السَّائِقِ وَالْقَائِدِ ، لِأَنَّ الْعِبْرَةَ فِي هَذَا الْبَابِ لِلتَّصَرُّفِ وَالتَّدْبِيرِ ، فَإِنَّ ذَلِكَ فِي الدَّابَّةِ لِمَنْ فِي يَدِهِ الدَّابَّةُ ، فَيَكُونُ الْقَسَامَةُ وَالذِّبَةُ عَلَى مَنْ فِي يَدِهِ الدَّابَّةُ ، فَإِنَّ يَدَ الْمَالِكِ تَنْقَطِعُ عَنِ الدَّابَّةِ بِالْإِجَارَةِ وَالْإِنْفِلَاتِ عَنْ يَدِهِ ، بِخِلَافِ الدَّارِ ، فَإِنَّ يَدَ الْمَالِكِ وَتَدْبِيرَهُ فِيهَا لَا تَرُودُ بِالْإِجَارَةِ ، وَلِهَذَا تَبْقَى مُؤَنَةُ الدَّارِ عَلَى مَالِكِهَا كَمَا كَانَتْ ، فَكَانَتِ الْقَسَامَةُ وَالذِّبَةُ عَلَى الْمَالِكِ ، فَظَهَرَ الْفَرْقُ .

وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةُ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ ؛ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ - أَتَى بِقَتِيلٍ وَجَدَ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ فَأَمَرَ أَنْ يُذَرَعَ . وَعَنْ عُمَرَ أَنَّهُ لَمَّا كُتِبَ

غاية البيان

قوله: (وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةُ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ ؛ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا) (١) ، وَلَفْظُ مُحَمَّدٍ ﷺ فِي أَصْلِ «الجامع الصغير» : «وَإِذَا كَانَ عَلَى الدَّابَّةِ قَتِيلٌ ، وَهُوَ بَيْنَ الْقَرَيْتَيْنِ ؛ كَانَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا» (٢) .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الكَافِي» ﷺ : «وَإِذَا وَجَدَ الْقَتِيلُ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ ، أَوْ سَكَّتَيْنِ ، فَإِنَّهُ يُقَاسُ ، فَأَيُّهُمَا كَانَ أَقْرَبَ ؛ كَانَ عَلَيْهِمُ الْقَسَامَةُ وَالذِّيَّةُ» (٣) .

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ : مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ ﷺ : «أَنَّهُ كُتِبَ إِلَيْهِ فِي قَتِيلٍ وَجَدَ بَيْنَ وَادِعَةٍ وَأَرْحَبَ ، فَكُتِبَ ﷺ : أَنْ يُقَاسَ بَيْنَ الْقَرَيْتَيْنِ ، فَوُجِدَ إِلَى وَادِعَةٍ أَقْرَبُ ، فَقَضَى عَلَيْهِمُ بِالْقَسَامَةِ وَالذِّيَّةِ» (٤) ، وَقَدْ مَرَّ حَدِيثُ عُمَرَ فِي مَسْأَلَةِ أَوَّلِ الْبَابِ .

قَالُوا : وَهَذَا إِذَا كَانَ بِحَالٍ يُسْمَعُ الصَّوْتُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُتِلَ فِي مَوْضِعٍ تَسْمَعُونَ صَوْتَهُ لَوْ اسْتَغَاثَ ؛ يَلْرَمُهُمُ الْغَوْتُ وَالتُّصْرَةُ ، فَإِذَا تَرَكُوا التُّصْرَةَ مَعَ إِمْكَانِ [٢/٤٧٥] التُّصْرَةِ ؛ نُسِبُوا إِلَى التَّقْصِيرِ ، فَصَارُوا كَأَنَّهُمْ قَتَلُوهُ تَقْدِيرًا ، فَيَلْرَمُهُمُ [الْقَسَامَةُ] (٥) وَالذِّيَّةُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ يُسْمَعُ الصَّوْتُ مِنْهُ ، حَيْثُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ التُّصْرَةُ لِعَدَمِ الْقُدْرَةِ عَلَى التُّصْرَةِ ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ لَا تَتَحَقَّقُ بِلَا عِلْمٍ ، فَلَا يُجْعَلُونَ قَاتِلِينَ تَقْدِيرًا لِعَدَمِ نِيَّتِهِمْ إِلَى التَّقْصِيرِ ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقَسَامَةُ وَالذِّيَّةُ ، وَلَا [٨/٢٢٨ ط/م] يَجِبُ شَيْءٌ عَلَى أَحَدٍ (٦) .

(١) فِي «الْأَصْلِ» : «لَا أَقْرَبَهُمَا» . وَالْمَثْبُوتُ مِنْ : «٢٤» ، وَ«م» .

(٢) بِنَظَرٍ : «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٠٣] .

(٣) بِنَظَرٍ : «الكافي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [ق/٥١٦] .

(٤) مَضَى تَحْرِيجِهِ .

(٥) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «لَا» ، «وَلَاغٌ» ، «وَلَا فَا» ، «وَم» ، وَ«وَر» .

(٦) يَنْظُرُ «الْأَصْلُ» [٤/٤٣٢] ، «مُحْتَصَرُ الطَّحَاوِيِّ» [ص/٢٤٩] ، «الْمَبْسُوطُ» [٢٦/١١٧ ، ١١٨] ،

إِنَّهُ فِي الْقَبِيلِ الَّذِي وَجَدَ بَيْنَ وَادِعَةٍ وَأَرْحَبَ كَتَبَ بِأَنْ يَقِيسَ بَيْنَ قَرَبَتَيْنِ ،
مَوْجِدَ الْقَبِيلِ إِلَى وَادِعَةٍ أَقْرَبَ فَقَضَى عَلَيْهِمْ بِالْقَسَامَةِ .

قِيلَ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ يَتَلَعُ أَهْلُ الصَّوْتِ ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ
بِهَيْبَةِ الصَّعَةِ يَلْحَقُهُ الْعَوْتُ فَتَمَكُّهُمْ النُّصْرَةُ وَقَدْ قَصُرُوا .

قَالَ : وَإِنْ وَجَدَ الْقَبِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ ، فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الدَّارَ فِي يَدِهِ
(وَالدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ) لِأَنَّ نُصْرَتَهُ مِنْهُمْ وَقُوَّتُهُ بِهِمْ .

﴿ عَنِ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ ﴾

قَوْلُهُ : (بَيْنَ وَادِعَةٍ وَأَرْحَبَ) ، هُمَا حَيَّانٌ مِنْ هَمَذَانِ ، مِنْهُ قَوْلُ الْكُتَيْبِ
فِي «الِهَاتِمِيَّاتِ»^(١) فِي أَمْرِ الْخِلَافَةِ :

يَقُولُونَ لَمْ يُورَثْ وَلَوْ لَا تَرَأَيْتُهُ لَقَدْ شَرِكْتُ فِيهِ بِكَيْلٍ وَأَرْحَبُ
وَبِكَيْلٍ : حَيٌّ مِنْ هَمَذَانِ أَيْضًا ، يَقُولُ : لَوْلَا أَنَّ الْخِلَافَةَ مَوْرُوثَةٌ ، لَأَشْرَكَ
النَّاسُ كُلُّهُمْ فِيهَا .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِنْ وَجَدَ الْقَبِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ ، فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ) ، أَيُ : قَالَ
الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْصَرِهِ» ، وَتَمَامُهُ فِيهِ : «وَالدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ»^(٢) .

وَذَلِكَ لِأَنَّ صَاحِبَ الدَّارِ أَخْصَرَ بِنُصْرَةِ الدَّارِ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ، فَصَارَ مَعَ أَهْلِ
الْمَحَلَّةِ بِمِثْلِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ مَعَ أَهْلِ الْبَيْضِ ، فَكَمَا لَا يَدْخُلُ أَهْلُ الْبَيْضِ مَعَ أَهْلِ
الْمَحَلَّةِ ، كَذَلِكَ لَا يَدْخُلُ أَهْلُ الْمَحَلَّةِ مَعَ صَاحِبِ الدَّارِ فِي الْقَسَامَةِ .

وَأَمَّا وَجُوبُ الدِّيَّةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ : فَلِأَنَّ الدِّيَّةَ تَجِبُ لِأَجْلِ النُّصْرَةِ ، وَنُصْرَةُ

«مدائح الصالحين» [٣٥٨/٦ ، ٣٥٩] ، «نيسر الخطائق» [١٧٣/٦ ، ١٧٤] ، «المتاوي الهديفة»
[٩٨/٦]

(١) ينظر «الهاتميَّات» للكُتَيْبِ [ص ٤٢/]

ومراد المؤلف من الشاهد الاستدلال به على أن أرْحَبَ من هَمَذَانِ

(٢) ينظر : «مخصر القُدُورِيِّ» [ص ١٩٢/]

قال: ولا يدخل السُّكَّانُ مع المَلَّاكِ في القَسَامَةِ عند أبي حنيفة وهو قول

عنه عليه السلام

صاحب الدار على عاقبته^(١) كذا في «شرح أبي نصر» عليه السلام.

وقال القدوري عليه السلام في كتاب «التقريب»: «قال في «الأصل»^(٢): إذا وجد الفتيْلُ في دارٍ لرجُلٍ اشتراها، والقَسَمَةُ تُجِبُّ عليه، وعلى قومه الدِّية، وفي اختلاف زُفَرٍ ويعقوب أنْ لِقَسَامَةٍ تُجِبُّ عليه وعلى عاقبته.

وقال أبو يوسف عليه السلام: ليس على عاقبته قَسَامَةٌ.

قال: وكان أبو الحسن يقول: هذا على وجهين: إنْ كانت عاقبته حاضرةً دخلت في القَسَامَةِ، وإنْ كانت غائبةً لم تدخل.

أما إذا كانت حاضرةً: فلأنَّ التُّهْمَةَ موحودةً في حقِّهم، والقاتلُ يجوزُ أنْ يكونَ فيهم، فصاروا كاهلِ المحلَّةِ.

وأما إذا كانت غائبةً: فلا تُهْمَةُ تلحقهم، فلم يجزْ دخولهم في القَسَامَةِ، وليس كذلك لدِّية؛ لأنها تُجِبُّ للنَّصْرَةِ، وذلك موجودٌ في الغيبةِ.

وجهُ الروايةِ الأخرى: أنَّهم لما دخلوا في الدِّية مع الغيبةِ، فكذلك في القَسَامَةِ كالحاضرين. كذا في «التقريب».

قوله: (قال، ولا يدخل السُّكَّانُ مع المَلَّاكِ في القَسَامَةِ عند أبي حنيفة عليه السلام)، أي: قال القدوري عليه السلام في «مختصره»^(٣).

وهذا قولُ مُحَمَّدٍ عليه السلام أيضاً، وقولُ أبي يوسفٍ أولاً^(٤).

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٧٨/٢].

(٢) ينظر: «الأصل» المعروف بالمبسوط [٥٦٧/٦] / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية.

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٧]، «المبسوط» [١١٢/٢٦]، «بدائع الصائغ» [٣٦١/٦].

مُحَمَّدٍ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا).

غاية النصار

وقال ابن أبي نبلٍ رحمته: القسامة والدية عليهم جميعًا، وهو قول أبي يوسف رحمته آخرًا. كذا ذكر شيوخ الإسلام علاء الدين الأسدي رحمته في «شرح الكافي». وقول محمد في ذكره الثقات كالتحاري وغيره مع أبي حنيفة رحمته، ولا دري أن صاحب «النافع»^(١) كيف جعل قوله مع أبي يوسف رحمته.

قال الطحاوي في «مختصره»: «والقسامة على أهل الحطة»^(٢)، لا على السكان، ولا على المشترين، إلا ألا يتقى أحد من أهل الحطة، فيكون القسامة والدية على [١٧٥/٣] الذين تحول [ملكها إليهم]^(٣)، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمتهما، وقد روى أصحاب «الإملاء»: عن أبي يوسف رحمته: أن القسامة والدية على السكان دون المالكين^(٤). إلى هنا لفظ الطحاوي رحمته.

وقال القدوري رحمته في كتاب «التقريب»: «وأما الملاك والسكان [٢٢٩/٨ م]: قال أبو حنيفة ومحمد رحمتهما: الدية على الملاك. وقال أبو يوسف رحمته: عليهما. لهما: أن المالك أخص بالنصرة من الساكن، ألا ترى أن المالك يقصد صيانة محلته، والسكان تكون فيها في وقت، وتنتقل إلى آخر في وقت آخر، فإذا لم يؤخذ في الساكن معنى النصرة، لم يلزمه العقل.

= «نيسر الحقائق» [١٧٣، ٦]، «العناية» (٣٨٣/١٠)، «الفتاوى الهندية» [٩٤/٦]

(١) هو مختصر لفظ لافع لأبي القاسم: محمد بن يوسف الحنفي، السمرقندي، الحنفي (توفي سنة ٦٥٦ هـ). وهو مختصر ينتزكون به. ينظر «كشف الطون» لحاجي حليفة [١٩٢١/٢].

(٢) أهل الحطة هم أصحاب الأملاك القديمة الذين تملكوها حين فتح الإمام البلدة وقتلها بين العاصم. ينظر «طلعة الطلبة» لأبي حمص النسلي [١٦٧/ص].

(٣) في الأصل «ملكهم إليها» والمثبت من «٢٥»، «م»، «ون»، «واع»، «و» و«ر». وهو الموافق بما وقع في: «مختصر الطحاوي».

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [٢٤٧/ص].

﴿ غايه البيان ﴾

ولا يَلْزَمُ إذا وُجِدَ القَتِيلُ في سفينة أن الدَّيَّةَ على مَنْ فيها من مالكٍ وراكبٍ، لأنَّ السَّفِينَةَ تُنْقَلُ وتُحَوَّلُ، فضمن الدَّيَّةِ فيها بثبوت اليد، لا بالنَّصْرَةِ، كالدَّايَّةِ إذ وُجِدَ عليها قتيلٌ، ولهذا أُلْزِمَ المَدَّادُ^(١) العَقْلَ وإن لَمْ يَكُنْ في السَّفِينَةِ، كما لَزِمَ سائق الدَّايَّةِ وقائدها.

ولأبي يُوْسُفَ عليه السلام: أَنَّ السَّبِيَّ عليه السلام أُلْزِمَ أَهْلَ حَيِّرِ دِيَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَهْلٍ، وَقَدْ كَانُوا سُكَّانًا بِحَيِّرٍ^(٢)؛ لِأَنَّ حَيِّرَ كَانَتْ لِمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُمْ افْتَحُوهَا، وَكَانَ الْيَهُودُ عُمَّالَهُمْ فِيهَا، فَلَمَّا وُجِدَ فِيهَا الْقَتِيلُ؛ جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ عليه السلام الْقِسْمَةَ فِيهِ عَلَى الْيَهُودِ السُّكَّانِ، لَا عَلَى الْمَالِكِينَ.

والجوابُ عن ذلك: أَنَّ الطَّحَاوِيَّ عليه السلام رَوَى بِإِسَادِهِ إِلَى سُيْمَانَ بْنِ بِلَالٍ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ: «أَنَّ حَيِّرَ يَوْمئِذٍ كَانَتْ صُلْحًا»^(٣).

فإذا ثَبَتَ ذلك: كَانَتْ حَيِّرٌ مِنْكَا لِلْيَهُودِ، فَعُلِمَ أَنَّ الْقَتِيلَ كَانَ قَبْلَ الْفَتْحِ. وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهُ كَانَ بَعْدَ الْفَتْحِ فَقُولُ: إِنَّ الْيَهُودَ كَانَ لَهُمْ أَمْلَاكٌ، وَلِهَذَا عَوَّضَهُمْ عَنْهُ عليه السلام لَمْ أَجْلَاهُمْ كَذَا قَالَ الْقُدُورِيُّ عليه السلام فِي «التَّقْرِيبِ».

بَيَانُهُ: أَنَّهُ عليه السلام أَقْرَهُمْ عَلَى أَمْلَاكِهِمْ، وَكَانَ مَا يَأْخُذُهُ مِنْهُمْ عَلَى وَجْهِ الْخَرَاكِ.

(١) المَدَّادُ: الظاهر أن المراد به ما هو الذي يَدْفَعُ السَّيْفَةَ لِيَتَمَخَّرَ عَنْاتِ الْمَاءِ.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) يشير إلى ما أخرجه: الطحطاوي في «شرح معاني الآثار» [١٩٩/٣] من طريق سُبَيْحَانَ بْنِ بِلَالٍ، عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ: أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَهْلٍ بْنَ رَيْدٍ، وَمُحَبِّصَةَ بْنَ مَسْعُودٍ بْنَ رَيْدٍ الْأَنْصَارِيُّ، مِنْ بَنِي حَارِثَةَ حَرَجَا إِلَى حَيِّرَ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ عليه السلام وَهِيَ يَوْمئِذٍ صُلْحٌ وَأَهْلُهَا يَهُودٌ... وساق الحديث قال الطحطاوي: «فَبَيَّنَ لَنَا هَذَا الْحَدِيثُ أَنَّهَا كَانَتْ فِي وَقْتِ وجود عبد الله بن سهل فيها قتيلاً در صلح ومهادنة».

لَأَنَّ وَلَايَةَ التَّدْبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالْمَلِكِ تَكُونُ بِالسُّكْنَى أَلَا تَرَى «أَنَّهُ» - ﷺ - جَعَلَ تَقْسَامَهُ وَالذِّئْبَةَ عَلَى الْيَهُودِ وَإِنْ كَانُوا سُكَّانًا يَخْبِرُ.

وَلَهُمَا أَنَّ الْمَالِكَ هُوَ الْمُحْتَضُّ بِنُصْرَةِ الْبَقْعَةِ دُونَ السُّكَّانِ لِأَنَّ سُكْنَى الْمَلِكِ أَلَزَمُ وَقَرَارُهُمْ أَذْوَمُ فَكَانَتْ وَلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ فَيَتَحَقَّقُ التَّقْصِيرُ مِنْهُمْ. وَأَمَّا أَهْلُ خَيْبَرَ فَالنَّبِيُّ - ﷺ - أَقْرَهُمْ عَلَى أَمْلَاكِهِمْ فَكَانَ يَأْخُذُ مِنْهُمْ عَلَى وَجْهِ النِّجَاحِ.

قَالَ: وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

﴿ غَايَةُ الْمَبَادِ ﴾

قَوْلُهُ: (هُوَ عَلَيْهِمْ)، أَي: الْقَسَمَةُ عَلَى السُّكَّانِ وَالْمُلَّاكِ جَمِيعًا، وَإِنَّمَا ذَكَرَ التَّصْمِيرَ الرَّاجِعَ إِلَى الْمُؤَنَّثِ عَلَى تَارِيْلِ الْقَسَمِ وَالْحَلْفِ، وَأَرَادَ بِالسُّكَّانِ مَنْ يَسْكُنُ الدَّارَ بِالْإِجَارَةِ، أَوِ الْاسْتِعَارَةَ.

قَوْلُهُ: (لَأَنَّ وَلَايَةَ التَّدْبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالسُّكْنَى تَكُونُ بِالْمَلِكِ). وَحَقُّ الْكَلَامِ أَنْ يُقَالَ: [لَأَنَّ] ^(١) وَلَايَةُ التَّدْبِيرِ كَمَا تَكُونُ بِالْمَلِكِ؛ تَكُونُ بِالسُّكْنَى؛ لِأَنَّ فِي الْمَلِكِ اتِّفَاقًا، فَيُنْبَغِي أَنْ يُقَاسَ السُّكْنَى عَلَيْهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَهِيَ عَلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ دُونَ الْمُشْتَرِينَ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَنَاقِبِي رَاحِدٌ مِنْهُمْ فَكَذَلِكَ» ^(٢).

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ ﷺ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «قَالَ فِي «الْأَصْلِ»: وَلَوْ وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي الْقَبِيلَةِ بِالْكُوفَةِ فِيهَا سُكَّانٌ وَأَهْلٌ لَخِطَّةٌ وَمُشْتَرُونَ؛ وَلِذَلِكَ عَلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ﷺ: عَلَيْهِمْ جَمِيعًا. وَرَوَى يَشْرُ بْنُ أَبِي يُونُسَ عَنْ أَبِي يُونُسَ مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ. إِلَى هَذَا لَفْظُ «التَّقْرِيبِ».

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْرِفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «فَا»، «وَارَ»، «وَامَ»، «وَانَ»، وَ«عَ»

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٩٢].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْكُلُّ مُشْتَرِكُونَ لِأَنَّ الضَّمَانَ إِنَّمَا يَجِبُ بِتَرْكِ الْحِفْظِ

غاية البيان

وَقَالَ [٢٢٩/٨] شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبَغِيَّابِيُّ فِي «شرح الكافي»
«وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: الدِّيَّةُ عَلَى السَّكَنِ [٤٧٦/٣] وَالْمُشْتَرِينَ وَأَهْلِ الْخِطَّةِ سِوَاهُ،
وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ الْآخِرُ.

لَهُمَا: أَنَّ [أَهْلَ] ^(١) الْمَحَلَّةِ يَلْزَمُهُمُ الدِّيَّةُ لِأَجْلِ النَّصْرَةِ، وَنُصْرَةُ أَهْلِ الْخِطَّةِ
غَيْرُ نُصْرَةِ الْمُشْتَرِينَ، فَإِذَا بَقِيَ مِنْهُمْ مَنْ يَدْخُلُ فِي الْعَقْلِ؛ لَمْ يُضْمَّ إِلَيْهِمْ نَوْعٌ آخَرُ،
كَمَا لَا يُضْمُّ أَهْلُ الدِّيَّانِ إِلَى الْقَبِيلَةِ، وَعَاقِلَةُ الْأُمِّ إِلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ، وَلَا يَلْزَمُ إِذَا
قَلَّ عَدَدُ الْقَبِيلَةِ أَنَّهُ يُضْمُّ إِلَيْهَا أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جَنْسٍ وَاحِدٍ، أَلَا تَرَى
أَنَّ جَمِيعَهُمْ بَنُو أَعْمَامٍ، وَلِأَنَّ أَهْلَ الْخِطَّةِ أَخَصُّ بِالنُّصْرَةِ مِنَ الْمُشْتَرِينَ، وَمَا كَانَ
أَخَصَّ فَهِيَ أَوْلَى».

وَالْحَاصِلُ: أَنَّ وَجُودَ الْقَنْبَلِ فِي الْمَحَلَّةِ يُوجِبُ الدِّيَّةَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بَعْدَ
الْفَسَادِ عَلَى صَالِحِي أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَهَذَا حُكْمٌ مَنْقُولٌ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ
[وَأَصْحَابِهِ] ^(١)، وَعِنْدِهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ، فَإِنْ كَانَ فِي الْمَحَلَّةِ أَصْحَابُ الْخِطَّةِ؛ فَذَلِكَ
عِندَهُمْ، لِأَنَّ الْقَنْبَلَ يُنْسَبُ إِلَيْهِمْ لِتَفْصِيرِهِمْ فِي الْحِفْظِ، وَالْحِفْظُ وَالرَّأْيُ وَالتَّدْبِيرُ
إِلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ؛ فَعِنْدَهُمْ مُؤَلَّفَةٌ.

فَإِنْ بَاعَ أَصْحَابُ الْخِطَّةِ كُلُّهُمْ؛ انْتَقَلَ الرَّأْيُ وَالتَّدْبِيرُ وَالْحِفْظُ إِلَى الْمُشْتَرِينَ،
فَتَرَبَّعُوا مَزَلَّتْهُمْ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْ أَهْلِ الْخِطَّةِ وَاحِدٌ؛ فَذَلِكَ عَلَيْهِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ الرَّأْيَ
وَالْتَّدْبِيرَ وَالْحِفْظَ إِلَيْهِ فِي الْعَادَاتِ، وَلِأَنَّهُ هُوَ الْأَصْلُ وَلِمْشْتَرِيٍّ بِمَنْزِلَةِ الْحَلْفِ
عَنْهُ، فَلَا يُعْتَبَرُ الْحَفُّ مَا دَامَ شَيْءٌ مِنَ الْأَصْلِ قَائِمًا.

وَلِأَبِي يُوسُفَ رحمته: أَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي الْمِلْكِ وَالتَّصَرُّفِ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَسَاوَوْا

(١) ما بين المعقوفين زيادة من: «أما»، «والم»، «والم»، «والم»، «والم».

مِمَّنْ لَهُ وَلَايَةُ الْحِفْظِ وَبِهَذَا الطَّرِيقِ يُجْعَلُ جَائِزًا مُقْصَرًا، وَالْوَلَايَةُ بِإِعْتِبَارِ الْمِلْكِ وَقَدْ اسْتَوَوْا فِيهِ - [٢٧٦/ط]

وَلَهُمَا: أَنَّ صَاحِبَ الْخِطَّةِ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ الْبُقْعَةِ، هُوَ الْمُتَعَارَفُ،
وَلَايَةُ أَصِيلٍ وَالْمُشْتَرِي دَخِيلٌ وَوَلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَى الْأَصِيلِ،

❦ نهاية الباب ❦

فِي الْعَقْلِ، وَهَذَا لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ مَوْجُودٌ لِلْمَرَأَةِ وَالصَّبِيِّ وَالْمَجُونِ،
وَالْتَصَرُّفُ مَوْجُودٌ فِي الْمَكَاتِبِ، فَلَا يُحْمَلُ عَلَيْهِمْ، فَدَلٌّ عَلَى أَنَّ الْمُغْتَبَرَ النُّصْرَةُ
دُونَ مَا ذَكَرَهُ. كَذَا ذَكَرَ فِي «التَّقْرِيبِ».

وَالْخِطَّةُ: الْمَكَانُ الْمُحْتَضُّ لِبِنَاءِ دَارٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ مِنَ الْعِمَارَاتِ، وَالْمَرَادُ مِنْ
أَهْلِ الْخِطَّةِ: أَصْحَابُ الْأَمْلاكِ الْقَدِيمَةِ الَّذِينَ كَانُوا تَمَكُّوْهَا حِينَ فَتَحَ الْإِمَامُ
الْبَلَدَ، وَقَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ بِخَطِّ خَطَّةٍ؛ لَتَمْيِيزِ أَنْصِبَائِهِمْ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: «وَهُوَ عَلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ» بِتَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ، أَوْ وَجُوبِ
الْقَسَامَةِ وَالِدِّيَّةِ، أَيِ: الْقَسَامَةِ وَاجِبَةٍ عَلَيْهِمْ وَالِدِّيَّةٌ عَلَى عَوَاقِلِهِمْ.

قَوْلُهُ: (وَالْوَلَايَةُ)، أَيِ: وَلَايَةُ الْحِفْظِ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ اسْتَوَوْا فِيهِ)، أَيِ: اسْتَوَى أَهْلُ الْخِطَّةِ وَالْمُشْتَرُونَ فِي الْمِلْكِ؛
لِأَنَّهُمْ مَالِكُونَ جَمِيعًا، وَلِهَذَا إِذَا تَحَوَّلَ الْمِلْكُ مِنْ أَهْلِ الْخِطَّةِ جَمِيعًا، وَلَمْ يَبْقَ
وَاحِدٌ مِنْهُمْ مَالِكًا، كَانَ الْقَسَامَةُ عَلَى الْمُشْتَرِينَ.

قَوْلُهُ: (وَلَهُمَا: أَنَّ صَاحِبَ الْخِطَّةِ هُوَ الْمُخْتَصُّ بِنُصْرَةِ الْبُقْعَةِ، هُوَ الْمُتَعَارَفُ)
[٢٣٠/م]، بِمَعْنَى: أَنَّ وَجُوبَ الْقَسَامَةِ وَالِدِّيَّةِ بِإِعْتِبَارِ أَنَّهُمْ نُسِبُوا إِلَى التَّقْصِيرِ بِتَرْكِ
النُّصْرَةِ، وَتَرْكِ النُّصْرَةِ إِنَّمَا يَكُونُ مِمَّنْ إِلَيْهِ الصِّيَانَةُ، وَالصِّيَانَةُ فِي الْمَحَلَةِ إِلَى
أَصْحَابِ الْخِطَّةِ، وَفِي الدَّارِ إِلَى الْمُلَّاكِ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْخِطَّةِ هُمُ الرُّؤَسَاءُ، وَالْأَصُولُ
عَادَةً فِي صِيَانَةِ الْمَحَلَةِ دُونَ الدَّخِيلِ، فَكَانَ الْإِزَامُ مُوجِبَ التَّقْصِيرِ عَلَيْهِمْ أَوَّلَى.

وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ وَالْمُشْتَرِي دَخِيلٌ وَوَلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَى الْأَصِيلِ ، وَقِيلَ : أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ .

قَالَ : وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَكَذَلِكَ يَعْنِي مِنْ أَهْلِ الْخِطَّةِ لِمَا بَيَّنَّا .
وَإِنْ لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِأَنْ بَاعُوا كُلُّهُمْ فَهُوَ عَلَى الْمُشْتَرِينَ ؛ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ
انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ

غاية البيان

قوله : (وَقِيلَ : أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله بَنَى ذَلِكَ عَلَى مَا شَاهَدَ بِالْكُوفَةِ) ، أي : شَاهَدَ
مِنْ عَادَةِ أَهْلِ الْكُوفَةِ فِي زَمَانِهِ [٤٧٦/٣] ، وَهُوَ أَنَّ أَصْحَابَ الْخِطَّةِ فِي كُلِّ مُحَلَّةٍ
كَانُوا هُمْ الَّذِينَ يَقُومُونَ بِتَدْبِيرِ الْمُحَلَّةِ ، وَأَبُو يُوسُفَ رحمته الله بَنَى عَلَى عَادَةِ زَمَانِهِ : أَنَّ
التَّدْبِيرَ إِلَى الْأَشْرَافِ مِنْ أَهْلِ الْخِطَّةِ كَانُوا أَوَّلًا . كَذَا فِي «التُّحْفَةِ» (١) .

قوله : (قَالَ : وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ فَكَذَلِكَ) ، يَعْنِي : قَالَ الْقُدُورِيُّ إِنَّ بَقِيَ
وَاحِدٌ مِنْ أَهْلِ الْخِطَّةِ ؛ فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ بِحُجُبِ الْقَسَامَةِ عَلَيْهِ ، وَالذِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ .

قوله : (لِمَا بَيَّنَّا) ، إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ : (وَلَهُمَا : أَنَّ صَاحِبَ الْخِطَّةِ هُوَ الْمُخْتَصَرُ
بِنُصْرَةِ الْبُقْعَةِ) ، وَإِلَى قَوْلِهِ : (وَلِأَنَّهُ أَصِيلٌ ، وَالْمُشْتَرِي دَخِيلٌ) .

قوله : (لِأَنَّ الْوَلَايَةَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ) ، أي : إِلَى الْمُشْتَرِينَ ، وَهَذَا عَلَى مَذْهَبِ أَبِي
حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمته الله ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِينَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ وَلَايَةٌ مَعَ وَجُودِ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْخِطَّةِ
عِنْدَهُمَا ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، بِأَنْ بَاعَ كُلُّهُمْ ؛ انْتَقَلَتِ الْوَلَايَةُ إِلَى الْمُشْتَرِينَ .

قوله : (أَوْ خَلَصَتْ لَهُمْ) ، وَهَذَا عَلَى مَذْهَبِ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله ؛ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ
كَانَتْ لِأَهْلِ الْخِطَّةِ وَالْمُشْتَرِينَ جَمِيعًا عِنْدَهُ ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ مِنْ أَهْلِ الْخِطَّةِ أَحَدٌ ؛
خَلَصَتِ الْوَلَايَةُ لِلْمُشْتَرِينَ .

(١) بطر : فتحة الفقهاء ، لعلاء الدين السمرقندي [١٣٣/٣] .

لِرِوَالٍ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ أَوْ يُزَاحِمُهُمْ.

وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ وَعَلَى قَوْمِهِ، وَيَدْخُلُ الْعَاقِلَةُ فِي الْقَسَامَةِ إِنْ كَانُوا حُضُورًا، وَإِنْ كَانُوا غُيُبًا: فَالْقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ يُكْرَرُ عَلَيْهِ الْإِيمَانُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عليهما السلام.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا قَسَامَةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛

حاشية البيان

قوله: (لِرِوَالٍ مَنْ يَتَقَدَّمُهُمْ)، [يَتَعَلَّقُ] ^(١) بقوله: (انْتَقَلَتْ إِلَيْهِمْ)، وقوله: (أَوْ يُزَاحِمُهُمْ)، يَتَعَلَّقُ بقوله: (خَلَصَتْ لَهُمْ)، لَفًّا وَنَشْرًا.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسَدِيُّ رحمته الله: «وَإِذَا بَاعَ أَهْلُ الْخِطَّةِ جَمِيعًا حَتَّى لَا يَبْقَى مِنْهُمْ أَحَدٌ، ثُمَّ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي سَكَّةٍ مِنْ سِكَكِهِمْ، أَوْ فِي مَسْجِدٍ مِنْ مَسَاجِدِهِمْ؛ فَالْقَسَامَةُ وَالِدْيَةُ عَلَى الْمُشْتَرِينَ؛ لِأَنَّهُمْ نَزَلُوا مَنْزِلَةَ أَصْحَابِ الْخِطَّةِ عِنْدَ عَدَمِهِمْ، وَإِنْ وُجِدَ فِي دَارٍ وَاحِدٍ مِنَ الْمُشْتَرِينَ؛ فَهُوَ عَلَيْهِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ؛ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ رَبَّ الدَّارِ نُسِبَ إِلَى التَّقْصِيرِ بِتَرْكِ النَّصْرَةِ».

قوله: (وَإِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ فِي دَارٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ [وَعَلَى قَوْمِهِ، وَيَدْخُلُ الْعَاقِلَةُ فِي الْقَسَامَةِ إِنْ كَانُوا حُضُورًا، وَإِنْ كَانُوا غُيُبًا: فَالْقَسَامَةُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ] ^(٢) يُكْرَرُ عَلَيْهِ الْإِيمَانُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عليهما السلام.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله: لَا قَسَامَةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَقَدْ مَرَّ قَتْلُ هَذَا بَيَانُ أَنَّ الْقَسَامَةَ عَلَى رَبِّ الدَّارِ، وَالِدْيَةُ عَلَى قَوْمِهِ إِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ إِنْسَانٍ.

وَأَمَّا كَرَّرَ الْمَسْأَلَةَ هُنَا؛ لِأَنَّ كَلَامَهُ وَقَعَ فِيمَا إِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي الْمَحَلَّةِ، وَفِيهَا أَهْلُ الْخِطَّةِ وَمُشْتَرُونَ [٢٣٠/٨ م]، فَأَوْجَبَ الْقَسَامَةَ وَالِدْيَةَ عَلَى أَهْلِ الْخِطَّةِ لَا

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فأ»، و«ر»، و«م»، و«ل»، و«ع».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «فأ»، و«م»، و«ل»، و«ع».

لِأَنَّ رَبَّ الدَّارِ أَحْصَى بِهِ مَنْ غَيْرِهِ فَلَا يُشَارِكُهُ غَيْرُهُ فِيهَا كَأَهْلِ الْمَحَلَّةِ لَا يُشَارِكُهُمْ فِيهَا عَوَاقِلُهُمْ .

ولهما: أن الحُضُورَ لَزِمَتْهُمْ نُصْرَةُ الثَّقَةِ كَمَا تَلَزَمُ صَاحِبَ الدَّارِ فَيُشَارِكُونَهُ فِي الْقَسَامَةِ .

قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارٍ مُشْرَكَةٍ نِصْفُهَا لِرَجُلٍ ، وَعُشْرُهَا لِرَجُلٍ .
وَلِأَخَرٍ مَا بَقِيَ ؛ فَهُوَ عَلَى رُءُوسِ الرِّجَالِ ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْقَلِيلِ يُزَاحِمُ صَاحِبَ الْكَثِيرِ فِي التَّدْبِيرِ فَكَانُوا سَوَاءً فِي الْحِفْظِ وَالتَّقْصِيرِ فَيَكُونُ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ بِمَنْزِلَةِ الشُّفْعَةِ .

خاتمة البيان

على المُشْتَرِينَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، فَحِينَئِذٍ أُوجِبَ ذَلِكَ عَلَى الْمُشْتَرِينَ إِذَا وُجِدَ فِي الْمَحَلَّةِ ، ثُمَّ جَرَّ كَلَامَهُ إِلَى بَيَانِ أَنَّ الْقَتِيلَ إِذَا وُجِدَ فِي دَارٍ وَاحِدٍ ، وَلَمْ يَبْقَ أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ الْخِطَةِ فَمَا حُكْمُهُ ؟ فَبَيَّنَ ذَلِكَ بِمَا ذَكَرَهُ .

وتعمَّمُ البَيَانُ وَالتَّفْصِيلُ فِي الْمَسْأَلَةِ: مَا رَوَيْنَاهُ عَنِ «التَّقْرِيبِ» قَبْلَ هَذَا ، عِنْدَ قَوْلِهِ: «وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارٍ إِنْسَانٍ ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ» .

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ رَبَّ الدَّارِ أَحْصَى بِهِ مَنْ غَيْرِهِ) ، وَتَذَكِيرُ الضَّمِيرِ فِي (بِهِ) . عَلَى نَاقِلِ الْمَرْضِعِ .

قَوْلُهُ: (الْحُضُورَ) ، أَي: لِقَوْمِ الْحُضُورِ ، وَهِيَ جَمْعُ حَاضِرٍ ؛ لِأَنَّ فِعْلًا إِذَا كَانَ صِفَةً يَجُوزُ جَمْعُهُ عَلَى: فُعُولٍ ، كقُعُودٍ فِي جَمْعٍ: قَاعِدٍ .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارٍ مُشْرَكَةٍ نِصْفُهَا لِرَجُلٍ ، وَعُشْرُهَا لِرَجُلٍ ، وَلِأَخَرٍ مَا بَقِيَ ؛ فَهُوَ عَلَى رُءُوسِ الرِّجَالِ) ، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصَوَرُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فِي الدَّارِ تَكُونُ

قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا، فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وَجَدَ فِيهَا قَتِيلًا؛ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الْبَائِعِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا، فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله وَقَالَا: إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُشْتَرِي وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي تَصِيرُ لَهُ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُنْزِلَ قَاتِلًا بِاعْتِبَارِ

غَايَةِ الْمَسْأَلَةِ

[١٧٧ ر] [ثَلَاثَةٌ] ^(١) تَقَرُّ: لَوَاحِدٍ بَضْعُهَا، وَلَوَاحِدٍ عُسْرُهَا، وَالْآخِرُ مَا بَقِيَ مِنْهَا، فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ، قَالَ: الْعَقْلُ عَلَى رُءُوسِ الرِّجَالِ ^(٢) إِلَى هُنَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ رحمته الله فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَهِيَ مِنَ الْحَوَاصِّ.

وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا الْحُكْمَ مُضَافٌ إِلَى وَلَايَةِ الْيَعْفِ وَالْتَسِيرِ، وَصَاحِبُ لَفْظِ وَصَاحِبُ الْكَثْرِ سَوَاءٌ فِي هَذَا الْمَعْنَى، فَكَانُوا سَوَاءً فِي النِّسْبَةِ إِلَى التَّصْصِيرِ، فَيَكُونُ الْغَرْمُ - وَهُوَ الْعَقْلُ - عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ، لَا عَدَدِ الْأَنْصَاءِ، كَمَا تَكُونُ الْعَنْمُ - وَهِيَ وَحُوبُ الشُّفْعَةِ - عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ، وَلِأَنَّ الْقَتِيلَ إِذَا وَجَدَ فِي الدَّارِ؛ جُعِلَ أَصْحَابُ الدَّارِ كَأَنَّهُمْ جَنُّوا عَلَيْهِ، وَانْتَقَسَ نَفْسُهُ عَلَى عَدَدِ الْجَنَاهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ مَقْدَارُ الْجَنَابِ، فَيَكُونُ الْمُعْتَبَرُ عَدَدَ الرُّءُوسِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ اشْتَرَى دَارًا، فَلَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى وَجَدَ فِيهَا قَتِيلًا، فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الْبَائِعِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا؛ فَهُوَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدِهِ)، نَبِي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَغْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله»: فِي الرَّحْلِ يَشْتَرِي الدَّارَ، فَلَا يَقْبِضُهَا حَتَّى يُوْجَدَ ^(٣) فِيهَا قَتِيلٌ، وَلَيْسَ فِي الشِّرَاءِ خِيَارٌ؛ فَالْدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْبَائِعِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارٌ لِأَحَدِهِمَا؛ فَالْدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي

(١) رَفَعَ فِي «الْأَصْلِ» لِابْنِ ثَلَاثَةٍ. وَابْتَدَتْ مِنْ «٢٢٥»، وَ«ر»، وَ«م»، وَ«ن»، وَ«ع».

(٢) يَطْرُقُ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَعَ شَرْحِهِ الْبَائِعِ الْكَبِيرِ [ص/٥٠٣].

(٣) فِي «الْأَصْلِ»: «وَحْدًا». وَابْتَدَتْ مِنْ «٢٢٥»، وَ«ر»، وَ«م»، وَ«ن»، وَ«ع».

التَّقْصِيرِ فِي الْحِفْظِ وَلَا يَجِبُ إِلَّا عَلَى مَنْ لَهُ وَلَايَةُ الْحِفْظِ ، وَالْوَلَايَةُ تُسْتَعَدُّ بِالْمِلْكِ وَلِهَذَا كَانَتْ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةٍ صَاحِبِ الدَّارِ دُونَ الْمُودِعِ ، وَالْمِلْكُ لِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الْبَيْعِ الْبَاتِّ ، وَفِي الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ يُعْتَبَرُ قَرَارُ الْمِلْكِ كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ .

غاية البيان

الدَّارُ فِي يَدَيْهِ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رضي الله عنه : إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الشَّرَاءِ خِيَارٌ فَالدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ خِيَارٌ فَإِنَّ الدِّيَّةَ عَلَى عَاقِلَةِ الَّتِي تَصِيرُ الدَّارُ إِلَيْهِ ^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَالْحَاصِلُ : أَنَّ الْمُعْتَبَرَ لَوْجُوبِ الدِّيَّةِ هُوَ الْيَدُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه ، وَعِنْدَهُمَا : الْمُعْتَبَرُ هُوَ الْمِلْكُ ، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رضي الله عنه : الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الَّذِي فِي يَدَيْهِ الدَّارُ ، سَرَاءً كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارٌ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَفِي قَوْلِ صَاحِبِيهِ رضي الله عنه : إِنْ كَانَ الشَّرَاءُ بَاتًّا ، فَالدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُشْتَرِي [٢٣١/٨] ، سَوَاءً كَانَتْ الدَّارُ فِي يَدَيْهِ ، أَوْ فِي يَدِ الْبَائِعِ ، وَإِنْ كَانَ فِي الشَّرَاءِ خِيَارٌ : فَالدِّيَّةُ عَلَى الَّذِي يَكُونُ الدَّارُ لَهُ .

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا : أَنَّ هَذَا حَقٌّ يَجِبُ لِأَجْلِ الدَّارِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُعْتَبَرَ فِيهِ مَالُ الدَّارِ ، [فَيَكُونُ عَلَى مَالِكِ الدَّارِ] ^(٢) ، وَعَلَى مَنْ يَتَقَرَّرُ الْمِلْكُ لَهُ ، وَلِأَنَّ التَّعَاقُدَ يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْغَنَمَ لِلْمُشْتَرِي ، وَهُوَ وَجُوبُ الشُّفْعَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْعُرْمُ عَلَيْهِ ، وَهُوَ الْعَقْلُ ؛ لِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ .

وَأَمَّا إِذَا كَانَ فِي الْبَيْعِ خِيَارٌ : فَوَجُوبُ الْجَنَابَةِ مَوْقُوفَةٌ ؛ لِأَنَّ حَصُولَ الْمِلْكِ مَوْقُوفٌ ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَوَقَّفَ وَجُوبُ الْجَنَابَةِ كَمَا تَوَقَّفَ الْمِلْكُ ، كَمَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ أَنَّهَا فِي الْعَبْدِ عَلَى مَنْ يَحْصُلُ لَهُ الْمِلْكُ فِيهِ .

(١) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص ٥٠٢]

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من «٢٣» ، و«٢٤» ، و«٢٥» ، و«٢٦» ، و«٢٧» .

وَلَهُ أَنْ الْقُدْرَةَ عَلَى الْحِفْظِ بِالْيَدِ لَا بِالْمِلْكِ ؛ أَلَا يَرَى أَنَّهُ يَقْتَدِرُ عَلَى الْحِفْظِ
بِالْيَدِ دُونَ الْمِلْكِ وَلَا [٢٧٧/١] يَقْتَدِرُ بِالْمِلْكِ دُونَ الْيَدِ ، وَفِي الثَّبَاتِ الْيَدُ لِلْبَائِعِ قَبْلَ
الْقَبْضِ ، وَكَذَا فِيمَا فِيهِ الْخِيَارُ لِأَحَدِهِمَا قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ دُونَ اثْبَاتِ .

غَايَةُ الْبَيَانِ

وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْحِفْظِ تَحْصُلُ بِالْيَدِ ، لَا بِالْمِلْكِ ،
إِلَّا أَنْ الْمِلْكَ سَبَبُ الْيَدِ ، فَإِذَا وُجِدَ الْمِلْكُ لِأَحَدِهِمَا ، وَالْيَدُ لِلْآخَرِ ؛ كَانَ اعْتِبَارُ
الْيَدِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ وَحْدَ الْقَتِيلِ يُوجِبُ الضَّمَانَ ، فَوَجِبَ أَنْ يَجِبَ عَلَى مَنْ كَانَتْ
الدَّارُ فِي ضَمَانِهِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي فِي ضَمَانِهِ فِي حُكْمِ الْجَنَايَةِ كَالْمَالِكِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ عَبْدًا لَوْ كَانَ فِي ضَمَانِ رَجُلٍ وَجَنَى [٢٧٧/٢] جَنَابَةً ؛ يَكُونُ حَاصِلُ
الضَّمَانِ عَلَى الَّذِي الْعَبْدُ فِي ضَمَانِهِ ، فَكَذَلِكَ هَذَا ، وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِ مُسْتَقِيمٌ ؛ لِأَنَّ
مِنْ أَصْلِهِ أَنَّهُ يَجْعَلُ الَّذِي فِي ضَمَانِهِ فِي حُكْمِ الْجَنَايَةِ كَالْمَالِكِ مِنْ جَمِيعِ الْوَحْوهِ ،
أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ غَضَبَ عَبْدًا يَكُونُ الْعَاصِبُ فِي جَنَابَتِهِ كَالْمَالِكِ ، حَتَّى
إِنَّ الْعَبْدَ لَوْ جَنَى فِي مَالِ الْعَاصِبِ ؛ يَكُونُ هَدْرًا ، وَلَوْ جَنَى عَلَى مَوْلَاهُ يَكُونُ مُعْتَبَرًا ،
فَكَذَا هَذَا . كَذَا قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله .

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ» : «وَقَالَ زُفَرٌ رحمته الله :
الدُّيَّةُ عَلَى الْمُشْتَرِي ، قَبْضُ الدَّارِ ، أَوْ اخْتَارَ الْفَسَخُ ، وَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَالدُّيَّةُ
عَلَيْهِ ، اخْتَارَ أَوْ فَسَخَ ؛ لِأَنَّهُ اعْتَبِرَ مَنْ يَمْلِكُ الدَّارَ عِنْدَ طُهْوَرِ الْقَتِيلِ ، فَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ
لِلْبَائِعِ فَالْمِلْكُ لَهُ ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي فَالْمِلْكُ لَهُ ، وَالْفَسَخُ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ الْإِجَارَةُ
يَتَعَلَّقُ بِهِ الْمِلْكُ ، فَصِيرُ كَالْبَيْعِ الْمُسْتَأْنَفِ .

وَالْجَوَابُ عَنْ قِيَاسِهِمَا : حَيْثُ لَا عَقْلٌ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الْمِلْكِ ، فَكَذَلِكَ الْبَائِعُ لَمْ يَبْقَ
لَهُ مِلْكٌ بَعْدَ الْبَيْعِ ، فَتَقُولُ : هَذَا الضَّمَانُ ضَمَانُ تَرْكِ الْحِفْظِ ، وَالْقُدْرَةُ عَلَى الْحِفْظِ
بِالْيَدِ ، فَيَكُونُ الْقَادِرُ عَلَى الْحِفْظِ مَنْ لَهُ يَدٌ أَصَالَةً ، وَيَدُ الْمُودَعِ يَدُ نِيَاةٍ ، فَصَارَ كَيْدُ

وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَالْخِيَارُ لَهُ فَهُوَ أَحْصَى النَّاسَ بِهِ نَصْرًا،
وَلَوْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ فَهُوَ فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ كَالْمَغْضُوبِ فَتَغَيَّرَ يَدُهُ
إِذْ بِهِ^(١) يَقْدِرُ عَلَى الْحِفْظِ.

قَالَ: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ، فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ؛ لَمْ تَعْقِلْهُ الْعَاقِلَةُ حَتَّى

عَلَيْهِ الْبَيَانُ

الغاصب، والمستعير، والمستأجر،

وَلَا يُقَالُ: أَيُّ نِيَابَةٍ فِي الْغَاصِبِ؟

قُلْنَا: كَلَامًا فِي الدَّرِّ، وَالْغَصْبُ فِي الْعَقَارِ لَا يَتَحَقَّقُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ
وَأَبِي يُوسُفَ، فَصَارَ يَدُهُ كَيْدَ أَمَانَةٍ.

وَلَا يُقَالُ: يَرِدُ عَلَيْكُمُ الْمُرْتَهَنُ، حَيْثُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْعَقْلُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ يَدٌ
إِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي الدَّارِ [٢/٢٣١/٨] الْمَرْهُونَةِ، بَلْ يَجِبُ عَلَى الْمَالِكِ.

لَأَنَّا نَقُولُ: عَيْنُ الرِّهْنِ أَمَانَةٌ إِنْ كَانَتْ مَالِيَّتُهُ مَضْمُونَةً، فَصَارَ يَدُهُ فِي الدَّارِ
كَيْدَ الْمَوْدَعِ يَدَ نِيَابَةٍ، عَلَى أَنَّ نَقُولُ: قَالُوا: لَا رَوَايَةَ فِيهِ.

قَوْلُهُ: (فَهُوَ فِي يَدِهِ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ)، أَيُّ الْمَبِيعِ، وَهُوَ الدَّارُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي
مَضْمُونٌ عَلَى الْمُشْتَرِي بِالْقِيَمَةِ، كَمَا فِي الْمَغْضُوبِ، فَإِنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ، فَيُغَيَّرُ
يَدُ الْمُشْتَرِي، فَيَكُونُ الدَّبْتُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُشْتَرِي الَّذِي فِي يَدِهِ الدَّارُ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ
عَلَى الْحِفْظِ بِالْيَدِ.

قَوْلُهُ: (إِذْ بِهِ)، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: «بِهَا»، أَيُّ: بِالْيَدِ، وَتَذَكِيرُ الضَّمِيرِ عَلَى
تَأْوِيلِ الْعُضْوِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ. وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ دَارٌ، فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ؛ لَمْ تَعْقِلْهُ الْعَاقِلَةُ حَتَّى

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «فَخ: بِهَا».

بشهاد الشهود أنها للذي في يده ، لأنه لا بُدَّ من الملك لصاحب اليد حتى تعقل
العواقل عنه ، والبُدَّ وإن كانت دليلاً على الملك لَكِنَّهَا مُحْتَمِلَةٌ فَلَا تَكْفِي
لِلإِجَابِ الدِّيَّةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا لَا تَكْفِي لِاسْتِحْقَاقِ الشُّفْعَةِ بِهِ فِي الدَّارِ
الْمَشْفُوعَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ .

قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي سَفِينَةٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ

⌘ نهاية لبيان ⌘

بشهاد الشهود أنها للذي في يده .

وصورتها في أصل «الجامع الصغير»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَغُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ
⌘: فِي الدَّارِ فِي يَدِ الرَّجُلِ ، فَوُجِدَ فِيهَا قَتِيلٌ ، قَالَ: لَا تَعْقُلُهُ لِعَاقِلَةٍ حَتَّى سَهَدَ
الشُّهُودُ أَنَّهَا لَهُ» (١) .

قَالَ فَخَرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ ⌘ فِي «شرحِه»: «يُرِيدُ بِهِ إِذَا أَكْرَبَتِ الْعَاقِلَةُ أَنْ
تَكُونَ الدَّارُ لَهُ وَقَالُوا: هِيَ وَدِيعَةٌ فِي يَدِكَ ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ إِلَّا أَنْ يُقِيمَ بَيِّنَةٌ عَلَى
الْمَلِكِ ، لِمَا عُرِفَ أَنَّ الطَّاهِرَ حُجَّةٌ لِلدَّفْعِ ، لَا لِلِاسْتِحْقَاقِ ، وَقَدْ احْتَجْنَا إِلَى
الِاسْتِحْقَاقِ هَاهُنَا ، فَوَجَبَ إِنْبَاءُهُ بِالْبَيِّنَةِ ، كَمَنْ طَلَبَ شُعْعَةً بِالْجَوَارِ فِي دَارٍ يَبِيعُ ،
فَأَكْرَرَ الْمُشْتَرِيَ الدَّارَ الَّتِي فِي يَدِ الْمُدَّعِي مِلْكًا لَهُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الشُّفْعَةَ بِيَدِهِ عَلَيْهَا
حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ ، فَكَذَلِكَ [٤٧٨/٣] هَاهُنَا .

وَلَا يَلْزَمُ أَبَا حَنِيفَةَ ⌘: أَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْيَدُ فِي اسْتِحْقَاقِ الدِّيَّةِ حَتَّى قَالَ فِي الدَّارِ
الْمَبِيعَةِ فِي يَدِ الْبَائِعِ يُوجَدُ فِيهَا قَتِيلٌ: إِنَّ الدِّيَّةَ تَجِبُ عَلَى عَاقِلَةِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ
بِهِ يَدُ الْمَلِكِ ، لَا مَجْرَدُ الْيَدِ ، فَلَمْ يَتَّبِعْ هَاهُنَا يَدُ الْمَلِكِ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ
مِنْ خَوَاصِّ «الجامع الصغير» ...» .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي سَفِينَةٍ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِيهَا مِنَ الرُّكَّابِ

وَالْمَلَّاحِينَ ؛ لِأَنَّهَا فِي أَيْدِيهِمْ

غاية البيان

وَالْمَلَّاحِينَ). أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله في «مختصره» (١).

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأنسجاني رحمته الله في «شرح الكافي»: «ولم
وجَدَ القَتِيلُ في سَفِينَةٍ ؛ فَالْقَسَامَةُ عَلَى الَّذِينَ فِي السَّفِينَةِ مِنَ الرُّكَّابِ وَغَيْرِهِمْ مِنَ الَّذِينَ
هُمْ فِيهَا ، وَالْدِّيَّةُ عَلَيْهِمْ ، وَلَا تَجِبُ عَلَى صَاحِبِ السَّفِينَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَجَدَ الْقَتِيلُ
فِي دَارٍ وَفِيهَا سُكَّانٌ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ الْقَسَامَةُ عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ ، وَالْدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ؛ لِأَنَّ
ثَمَّةَ صَاحِبِ الدَّارِ قَادِرٌ عَلَى صِيَانَتِهِ لِقُرْبِهِ مِنْهَا إِذَا كَانَ فِي ذَلِكَ الْمِصْرِ .

وَأَصْحَابُ السَّفِينَةِ لَا يَقْدِرُونَ عَلَى صِيَانَتِهِ لُبُعْدِهِمْ مِنَ السَّفِينَةِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا
يُذَرِّي أَيْنَ هِيَ ، فَكَيْفَ يَقْدِرُ عَلَى صِيَانَةِ مَا لَا يَقِفُ عَلَيْهِ ، بِخِلَافِ الدَّارِ ، حَتَّى لَوْ كَانَ
صَاحِبُ السَّفِينَةِ مَعَهُمْ [٢/٢٣٢/٨] يُتَبَيَّنُ أَنَّ يَجِبُ عَلَيْهِ كَمَا فِي الدَّارِ . كَذَا فِي «شرح
الكافي» .

وقال صاحب «الهداية» رحمته الله : (وَهَذَا عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله
ظَاهِرٌ) ، أَي: وَحُوبُ الْقَسَامَةِ عَلَى مَنْ فِي السَّفِينَةِ مِنَ الرُّكَّابِ وَالْمَلَّاحِينَ ، عَلَى مَا
رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ : أَنَّهُ أَوْجَبَ الْقَسَامَةَ عَلَى السُّكَّانِ وَالْمَلَّاحِ فِي قَتِيلٍ وَجَدَ فِي
الدَّارِ ، وَهَذَا لَمْ يُوجِبْهَا عَلَى السُّكَّانِ .

وفي مسألة السَّفِينَةِ: أَوْجَبَهَا عَلَى مَنْ فِيهَا ، سِوَاءَ كَانَ مَالِكًا لِلْسَّفِينَةِ ، أَوْ رَاكِبًا
فِيهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ السَّفِينَةَ فِي أَيْدِيهِمْ ، فَكَانَ مَنْ فِيهَا أَخْصَصَ بِهَا مِنْ غَيْرِهَا ، فَكَانَ
ظَاهِرًا عَلَى رَوَايَةِ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله ، وَهُمَا قَرَقَا بَيْنَ مَسْأَلَةِ الدَّارِ ، وَمَسْأَلَةِ السَّفِينَةِ .

والمرق: أَنَّ السَّفِينَةَ مِمَّا تُنْقَلُ وَتُحَوَّلُ ، فَاعْتَبِرَ فِيهَا الْيَدُ دُونَ الْمِلْثِ ، فَكَانَ
ضَمَانُ الدِّيَّةِ فِيهَا بِشَوْتِ لَيْدٍ لَا بِأَشْصَرَةٍ ، كَالدَّابَّةِ إِذَا وَجَدَ عَلَيْهَا قَتِيلٌ ؛ يَلْزِمُ الْعَقْلُ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/١٩٢]

واللفظ يشمل أربابها حتى تجب على الأرباب الذين فيها وعلى السكان، وكذا على من يملكها المالك في ذلك وغير المالك سواء، وكذلك العجلة، وهذا على ما روي عن أبي يوسف ظاهر

والفرق لهم أن السفينة تنقل وتحوّل فيعثر فيها اليد دون المالك كما في الدابة، بخلاف المحلة والدار لأنها لا تنقل.

في غاية البيان

سائقها وقائده، ألا ترى أنه يلزم المداد وإن لم يكن في السفينة، بخلاف الدار والمحلة؛ لأنها لا تنقل، ولا تحوّل، فاعثر فيها المالك؛ لأن مالك الدار أحصى بأصرة من الساكن، وقد مرّ الفرق مرة عند قوله: (ولا يدخل السكان مع الملاك)

قوله: (واللفظ يشمل أربابها)، أي: لفظ القُدوري رحمه الله وهو قوله: «على من فيها»^(١). يشمل بعمومه أرباب السفينة إذا كانوا فيها

وقال شيخ الإسلام خواجه زادة رحمه الله: «قال بعض المشايخ، إنما يجب على الركاب إذا لم يكن للسفينة مالك معروف، فإذا كان لها مالك معروف؛ فإن القسامة تجب على مالك السفينة، ومنهم من يقول، تجب في الحائزين على الذين كانت السفينة في أيديهم، ومثل هذا التفصيل مرّ في الدابة».

قوله: (المالك في ذلك وغير المالك في ذلك سواء)، أي: مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها وغير مملّكها سواء، وكذلك [٤٧٨/٣] الحكم في العجلة^(٢) إذا وجد فيها قتيل؛ يجب القسامة، والدية على من فيها من مالك العجلة وغيره.

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) من معاني العجلة: لآلة التي تخرّج النور، وهي الدولاب يستقر عليه، وهي أيضاً: خشب متصلة تحمل عليها الأفعال. ينظر: «سبح العروس» للزبيدي [٤٦٨/١٥] مادة: عمل.

وَكَذَلِكَ الْجُسُورُ الْعَامَّةُ وَمَالُ بَيْتِ الْمَالِ مَالُ عَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ .

﴿ حاشية لبان ﴾

وأراد به: سُوقًا نَدِيًّا عَنِ الْمَحَالِّ ، أَمَّا الْأَسْوَاقُ الَّتِي تَكُونُ فِي الْمَحَالِّ مَحْصُوطَةٌ بِحِفْظِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ، فَتَكُونُ انْقِسَامَةً وَالدِّيَّةُ عَلَيْهِمْ ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي السُّوقِ الدَّيْنِي عَنِ الْمَحَالِّ مَنْ يَسْكُنُهَا فِي لَيْلَالِي ، أَوْ كَانَ لِأَحَدٍ فِيهَا دَارٌ مَمْلُوكَةٌ ؛ تَكُونُ انْقِسَامَةً وَالدِّيَّةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ صِيَانَةُ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ ، وَإِنْ كَانَ فِي دَارٍ رَجُلٌ خَاصَّةً فِي السُّوقِ ؛ فَعَلَى عَاقِلَتِهِ الدِّيَّةُ وَالْقَسَامَةُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ دَاخِلٌ تَحْتَ صِيَانَتِهِ ، فَيَكُونُ الْمَوْصُوفُ بِالتَّقْصِيرِ هُوَ ، فَيَجِبُ مُوجِبُ التَّقْصِيرِ عَلَيْهِ « كَذَا فِي «شرح الكافي» .

وَقَالَ فِي «شرح الطحاوي» رحمته الله : «لَوْ وُجِدَ الرَّجُلُ قَتِيلًا فِي سُوقِ الْمُسْلِمِينَ ، أَوْ فِي مَسْجِدِ الْجَامِعِ ؛ فَالدِّيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَلَيْسَ فِيهِ قَسَامَةٌ . هَكَذَا ذَكَرَ مُحَمَّدٌ رحمته الله فِي «الأصل» ^(١) ، وَهَكَذَا ذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَيْضًا .

وَفَسَّرَهُ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فَقَالَ : إِنَّمَا تَكُونُ الدِّيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ إِذَا وُجِدَ فِي السُّوقِ الَّتِي هِيَ لِلْإِمَامِ ، أَوْ جَمَاعَةٍ لِمُسْلِمِينَ .

وَأَمَّا إِذَا كَانَ مِنْكَ خَاصًّا : فَيَجِبُ عَلَى أَرْبَابِهَا الْقَسَامَةُ ، وَعَلَى عَاقِلَتِهِمْ الدِّيَّةُ ، وَلَوْ وُجِدَ فِي دَارِ الْوَقْفِ ، أَوْ فِي الْأَرْضِ الْمَوْقُوفَةِ ، فَإِنْ كَانَ لِقَوْمٍ مَعْلُومِينَ ؛ فَانْقِسَامَةُ وَالدِّيَّةُ عَلَى الْأَرْبَابِ ، وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْمَسْجِدِ فَهُوَ كَمَا لَوْ وُجِدَ فِي الْمَسْجِدِ ، فَيَجِبُ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَّةُ ^(٢) . إِلَى هَذَا لَفْظُ «شرح الطحاوي» رحمته الله .

قَوْلُهُ : (وَكَذَلِكَ الْجُسُورُ الْعَامَّةُ) ، يَعْنِي : إِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِيهَا تَكُونُ الدِّيَّةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَلَا قَسَامَةٌ فِيهِ ، كَمَا إِذَا وُجِدَ فِي الشَّارِعِ الْأَعْظَمِ .

قَوْلُهُ : (كَالشُّوَارِعِ لِعَامَّةِ النَّاسِ بَيْنَتْ فِيهَا) ، أَيُ : يُنْبِتُ السُّوقُ فِي الشُّوَارِعِ لِعَامَّةِ .

(١) يظن: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٦/٥٧٠/ طبعه وزارة الأوقاف القطرية] .

(٢) يظن: «شرح محضر الطحاوي» «للأسيحاوي» [٣٧٧/ق] .

وَلَوْ وُجِدَ فِي السُّوقِ إِنْ كَانَ مَمْلُوكًا فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ يَحِبُّ عَلَى السُّكَّانِ
وعندهما على المالك ، وإن لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بُنِيَتْ بها
فعلى بيت المال ؛ لأنه لجماعة المسلمين .

وَلَوْ وُجِدَ فِي السَّجَنِ ؛ فَالذِّئَةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ .
الذِّئَةُ وَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِ السَّجَنِ ؛ لِأَنَّهُمْ سُكَّانٌ وَوَلَايَةُ التَّدْبِيرِ إِلَيْهِمْ ، وَالظَّاهِرُ

خاتمة البيان

ومعنى قوله: (فَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ) : يَحِبُّ عَلَى السُّكَّانِ ، أي: نَحِبُّ
القَسَامَةُ عَلَى مَنْ فِي السُّوقِ الْمَمْلُوكَةِ ، سَوَاءً كَانُوا مُلَّاكًا أَوْ غَيْرَ مُلَّاكٍ عَلَى مَا عُرِفَ
[٤٧٩/٣] مِنْ مَذْهَبِهِ .

وَالشَّارِعُ: هُوَ الطَّرِيقُ الَّذِي يَشْرَعُ فِيهِ النَّاسُ ، [على الإمساد] ^(١) الْمَجَازِيُّ ،
أَوْ هُوَ مِنْ قَوْلِهِمْ: شَرَعَ الطَّرِيقَ إِذَا تَبَيَّنَ . كَذَا فِي «الْمَغْرِبِ» ^(٢) .

قوله: (وَلَوْ وُجِدَ فِي السَّجَنِ ؛ فَالذِّئَةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَعَلَى [٤٣٣/٨] قَوْلِ
أَبِي يُوسُفَ: الذِّئَةُ ^(٣) وَالْقَسَامَةُ عَلَى أَهْلِ السَّجَنِ) ، ذَكَرَهُ تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةٍ
«المختصر» .

قَالَ الْكَرْجِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله فِي الْقَتِيلِ يُوْجَدُ فِي
السَّجَنِ ، لَا يُعْرَفُ مَنْ قَتَلَهُ ، الذِّئَةُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله : عَلَى
أَهْلِ السَّجَنِ الْقَسَامَةُ وَالذِّئَةُ» ^(٤) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْجِيِّ رحمته الله .

ثُمَّ ذَكَرَ الْكَرْجِيُّ رحمته الله قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، [وكذا القُدُورِيُّ] ^(٥)

(١) فِي «الْأَصْلِ» . «كَالْإِسْتَادِ» وَالْمَعْنَى مِنْ «٢٤١» ، «وَأَرَادَ» ، «م» ، «و» ، «ن» ، «وَأَع» . وَهُوَ الْمَوْفُوقُ لِمَا
وَقَعَ فِي «الْمَغْرِبِ فِي تَرْتِيبِ الْمَغْرِبِ» .

(٢) يَنْظُرُ: «الْمَغْرِبُ فِي تَرْتِيبِ الْمَغْرِبِ» لِلْمُطَرِّزِيِّ [٤٣٩/١]

(٣) فِي «الْأَصْلِ» : «الذِّئَةُ» ، وَلَعَلَّتْ مِنْ: «٢٤١» ، «وَأَرَادَ» ، «م» ، «و» ، «ن» ، «وَأَع» .

(٤) يَنْظُرُ «مَخْتَصَرُ الْكَرْجِيِّ» لِقُدُورِيِّ [ق/٣٤٥ ، دَامَاد]

(٥) مَا بَيْنَ الْمُعْخُوفَتَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ «٢٤١» ، «وَأَرَادَ» ، «م» ، «و» ، «ن» ، «وَأَع» .

أَنَّ الْقَتْلَ حَصَلَ مِنْهُمْ ، وَمَا يَقُولَانِ : إِنَّ أَهْلَ السَّجَنِ مَقْهُورُونَ فَلَا يَتَنَاصَرُونَ
فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمْ مَا يَجِبُ [٥/٢٧٧] لِأَجْلِ النُّصْرَةِ ، وَلِأَنَّهُ بُنِيَ لِإِسْتِيفَاءِ حُقُوقِ
لِلْمُسْلِمِينَ ، فَإِذَا كَانَ عَنْهُمْ يَعُودُ إِلَيْهِمْ ؛ فَعُزْمُهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ .

قَالُوا : وَهَذِهِ قُرْبَعَةُ الْمَالِكِ وَالسَّائِكِ وَهِيَ مُخْتَلَفٌ فِيهَا بَيْنَ أَبِي حَنِيفَةَ
وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله .

غاية البيان

ذَكَرَ قَوْلَهُ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ» ، فَقَالَ : «قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله :
إِذَا وَجِدَ الْقَتِيلُ فِي السَّجَنِ ؛ فَالذِّئْهُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمهما الله : عَلَى
أَهْلِ السَّجَنِ ^(١) .

لَهُمَا : أَنَّ يَدَ الْإِمَامِ ثَابِتَةٌ عَلَى السَّجَنِ ، فَيُعْزَمُهُ نُصْرَتُهُ ، وَمَنْ فِيهِ لَا نُصْرَةَ لَهُ ،
وَلَا تَصَرُّفَ ، وَإِنَّمَا هُوَ مَقْهُورٌ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ ، وَمَا يُلْزَمُ الْإِمَامَ يَكُونُ فِي بَيْتِ
الْمَالِ ، وَلِأَنَّ السَّجْنَ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ كَالْجَوْمِيعِ ، فَعُزْمُهُ بِهِمْ ، فَكَذَا عُزْمُهُ عَلَيْهِمْ .
وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله : أَنَّ الطَّاهِرَ أَنْ يَقْتَلَ حَصَلَ مِنْ أَهْلِ السَّجَنِ ^(٢) ، فَوَجِبَ
أَنْ يَخْتَصَّ الصَّامَانُ بِهِمْ » .

قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمهما الله : «وَهَذَا عَلَى أَصْلِهِ [فِي اعْتِبَارِ] ^(٣) السَّائِكِ دُونَ الْمَالِكِ» .
وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ صَاحِبِ «الْهِدَايَةِ» رحمهما الله : قَالُوا : وَهَذِهِ قُرْبَعَةُ الْمَالِكِ وَالسَّائِكِ .

قَوْلُهُ : (بَيْنِي) ، أَيِ : السَّجَنِ .

قَوْلُهُ : (فَإِذَا كَانَ عَنْهُمْ يَعُودُ إِلَيْهِمْ ؛ فَعُزْمُهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِمْ) ، أَيِ : إِذَا كَانَ عَنْهُمْ
السَّجَنِ وَهُوَ نَفْعُهُ يَعُودُ إِلَى الْمُسْلِمِينَ ؛ فَعُزْمُ السَّجَنِ يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ أَيْضًا ؛

(١) نَظَرُ : «شَرْحُ مُخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» لِلْقُدُورِيِّ [ق/٣٤٥/د/١١١] .

(٢) فِي «الْأَصْلِ» . «الْمَسْجِدُ» وَالْمَثَبُ مِنْ : «فَا٢٢» ، «وَالرَّ» ، «وَالْم» ، «وَالن» ، وَ«غ» .

(٣) فِي «الْأَصْلِ» . «بِاعْتِبَارِ» وَالْمَثَبُ مِنْ : «فَا٢٢» ، «وَالرَّ» ، «وَالْم» ، «وَالن» ، وَ«غ» .

قَالَ: وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ؛ فَهَوَ هَذَرٌ، وَتَفْسِيرُ الْقُرْبِ مَا ذَكَرْنَا مِنْ اسْتِمَاعِ الصَّوْتِ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ يَهْدِيهِ الْحَالَةُ لَا يَلْحَقُهُ الْعَوْتُ مِنْ غَيْرِهِ فَلَا يُوصَفُ أَحَدٌ بِالتَّقْصِيرِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَمْلُوكَةً لِأَحَدٍ. فَإِنْ كَانَتْ فَالْقِسَامَةُ وَالِدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ.

غُلَّةُ الْبَيَانِ

لَأَنَّ الْغُرْمَ بِالْغَنَمِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ. وَإِنْ وُجِدَ فِي بَرِّيَّةٍ لَيْسَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ؛ فَهَوَ هَذَرٌ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ ۞ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذِهِ الْبُقْعَةَ لَيْسَ لِأَحَدٍ عَلَيْهَا يَدٌ، وَلَا هُوَ أَحْصَى بِهَا، فَلَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حُكْمٌ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ بِقُرْبِهَا عِمَارَةٌ مِصْرٌ، أَوْ قَرْيَةٌ؛ فَعَلَيْهِمْ لِقِسَامَةُ وَالِدِيَّةِ، وَاعْتَبِرُوا فِي الْقُرْبِ أَنْ يَكُونَ بِحَيْثُ يُسْمَعُ مِنْهُ الصَّوْتُ؛ لِأَنَّ الصَّوْتَ إِذَا سُمِعَ مِنْهُ؛ فَالْعَوْتُ يَلْحَقُ تِلْكَ الْبُقْعَةَ مِنَ الْعِمَارَةِ فِي الْغَالِبِ، فَتَعَلَّقَ بِهَا الْحُكْمُ؛ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ حِينَئِذٍ أَهْلُ الْعِمَارَةِ إِلَى التَّقْصِيرِ، وَإِنْ لَمْ يَتَلُغِ الصَّوْتُ لَا يَلْحَقُ الْعَوْتُ، فَلَا يَجِبُ شَيْءٌ لِعَدَمِ نِسْبَةِ التَّقْصِيرِ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ ۞ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «قَالَ مُحَمَّدٌ ۞. وَإِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي فَلَاحٍ مِنَ الْأَرْضِ، نُظِرَ فِي ذَلِكَ الْمَكَانِ، فَإِنْ كَانَ مِلْكًا لِإِنْسَانٍ؛ فَالْقِسَامَةُ عَلَى ذَلِكَ الرَّجُلِ الَّذِي يَمْلِكُ ذَلِكَ الْمَوْضِعَ، وَعَلَى قَبِيلَتِهِ، وَعَلَيْهِمُ الدِّيَّةُ».

وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْمَوْضِعُ لَا مَالِكَ لَهُ، وَكَانَ مَوْضِعًا يُسْمَعُ فِيهِ الصَّوْتُ مِنْ مِصْرٍ مِنَ الْأَمْصَارِ؛ فَعَلَى أَقْرَبِ الْقِبَالِ إِلَى ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مِنَ الْمِصْرِ الْقِسَامَةُ وَالِدِيَّةُ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ الْمَوْضِعُ لَا يُسْمَعُ فِيهِ الصَّوْتُ، وَلَيْسَ بِمِلْكٍ لِأَحَدٍ؛ فَإِنَّ دَنَاهُ هَذَرٌ^(٢).

(١) ينظر: مختصر القدوري [ص ١٩٢].

(٢) ينظر: شرح مختصر الكرخي للقدوري [٣/٤٥١ د].

وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ ؛ كَانَ عَلَى أَقْرِبِهِمَا وَقَدْ بَيَّنَّاهُ
وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسْطِ الْقُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ ؛ فَهُوَ هَذَرٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِ

﴿ غَايَةُ التَّيْسَانِ ﴾

قَوْلُهُ: (وَإِنْ وُجِدَ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ ؛ كَانَ عَلَى أَقْرِبِهِمَا). هذا لفظ [٥٢٣٢/٨ م] لِقُدُورِيِّ رحمته الله ^(١).

وَأَشَارَ بِقَوْلِهِ: (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) ، إِلَى مَا ذَكَرَ عِنْدَ قَوْلِهِ: (وَإِنْ مَرَّتْ دَابَّةٌ بَيْنَ الْقَرَيْتَيْنِ وَعَلَيْهَا قَتِيلٌ) ، [٤٧٩/٣ م] وَلَكِنْ هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ يَتَّبِعُ الصَّوْتُ إِلَيْهِ .

قَوْلُهُ: (وَإِنْ وُجِدَ فِي وَسْطِ الْقُرَاتِ يَمُرُّ بِهِ الْمَاءُ ؛ فَهُوَ هَذَرٌ) ، وَهَذَا لَفْظُ لِقُدُورِيِّ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٢).

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» : «وَإِذَا رُجِدَ الْقَتِيلُ فِي نَهْرٍ جَارٍ صَغِيرٍ مِمَّا يُقْصَى فِيهِ بِالشُّفْعَةِ لِلشَّرِيكِ ؛ فَعَلَى عَاقِلَةٍ أَرْبَابِ الشَّهْرِ» ^(٣).

ثُمَّ قَالَ فِيهِ بَعْدَ صَفْحَةٍ: «وَإِنْ وُجِدَ فِي مِثْلِ الْقُرَاتِ ، أَوْ دِجْلَةٍ يَجْرِي بِهَا الْمَاءُ ؛ فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ ، وَلَا دِيَّةَ عَلَى أَحَدٍ ، وَإِنْ وُجِدَ مُخْتَبِئًا فِي مَوْضِعٍ مِنْ دِجْلَةٍ ، أَوْ الْقُرَاتِ ؛ فَعَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ مِنْ حَيْثُ يُسْمَعُ الصَّوْتُ ؛ الْقَسَامَةُ وَالدِّيَّةُ» ^(٤) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته الله .

فَمَنْ هَذَا عَرَفْتُ: أَنْ قَيَّدَ «الْقُرَاتِ» فِي «مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» ؛ احْتِرَازًا عَنْ نَهْرٍ صَغِيرٍ ، وَكَذَا قَيَّدَ «الْوَسْطِ» ؛ احْتِرَازًا عَنْ أَنْ يَكُونَ مُخْتَبِئًا فِي شَطِّ الْقُرَاتِ .

وَقَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» : «مُحَمَّدٌ ، عَنْ يَعْقُوتَ ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فِي الْقَتِيلِ يَمُرُّ فِي الْقُرَاتِ ، قَالَ: لَيْسَ عَلَى أَحَدٍ شَيْءٌ ، وَإِذَا كَانَ عَلَى الدَّابَّةِ قَتِيلٌ ،

(١) ينظر: المصدر السابق

(٢) بطر: اشرح مختصر الكرخي ؛ للقُدُورِيِّ [ق/٥٢٤٥/٣ داماد]

(٣) بطر: اشرح مختصر الكرخي ؛ للقُدُورِيِّ [ق/٥٢٤٦/٣ داماد]

أَحَدٍ وَلَا فِي مِثْلِهِ

شَايَةَ التَّيْبَانِ

وَهُوَ يَمُرُّ بَيْنَ الْقَرِيَتَيْنِ ؛ كَنَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا ^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ ﷺ .

وَأَصْلُهُ : أَنَّ الْقَسَامَةَ وَالذِّيَّةَ إِنَّمَا تُرْعَثُ عَلَى جَمَاعَةٍ يُسَبَّوْا إِلَى التَّقْصِيرِ فِيمَا لَزِمَهُمْ مِنَ الْحِفْظِ ، وَلَيْسَ الثَّرَثُ بِدَخْلٍ فِي وَلَايَةِ أَحَدٍ ، وَلَا يَلْزَمُ حِفْظُهُ أَحَدًا ، بَلْ هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْمَقَارَةِ الَّتِي لَا تَدْخُلُ فِي وَلَايَةِ أَحَدٍ ، فَلَمْ يَسْتَقِمَّ نِسْبَتُهُ إِلَى أَحَدٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ هَذَرًا .

فَأَمَّا الدَّابَّةُ : فَلَا تَنْفَكُ عَنِ الْوَلَايَةِ وَالْحِفْظِ ، وَمَا بَيْنَ الْقَرِيَتَيْنِ مَسْبُوبٌ إِلَى إِحْدَاهُمَا لَا مَحَالَةَ ، وَعَلَى أَهْلِ الْقَرْيَةِ حِفْظُهُ ، فِذَا وُجِدَ قَتِيلٌ عَلَى الدَّابَّةِ فِي حَدُودِهِمْ ؛ نُسِبَ ذَلِكَ إِلَى تَقْصِيرِهِمْ فِيمَا لَزِمَهُمْ ، وَإِنَّمَا وَجَبَ أَنْ يُجْعَلَ عَلَى أَقْرَبِهِمَا ، لِمَا رُوِيَ : أَنَّ عُمَرَ ﷺ حَكَّمَ كَذَلِكَ فِي قَتِيلٍ وَجِدَ بَيْنَ وَادِعَةٍ وَأَرْحَبٍ ، فَجْعَلَ ذَلِكَ عَلَى وَادِعَةٍ لِقُرْبِهَا ^(٢) .

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ خَوَاهِرُ زَادَةِ ﷺ فِي «شَرْحِهِ لِلأَصْلِ» . «هَذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعُ انْبِعَاثِ الْمَاءِ فِي دَارِ الشَّرْكِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ كَذَلِكَ ، فَلَعَلَّ هَذَا قَتِيلٌ دَارِ الشَّرْكِ ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَوْضِعُ انْبِعَاثِ الْمَاءِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ؛ يَجِبُ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ انْبِعَاثِ الْمَاءِ فِي يَدِ الْمُسْلِمِينَ ، فَسِوَاهُ كَانَ قَتِيلٌ مَكَانِ الْانْبِعَاثِ ، أَوْ مَكَانٍ آخَرَ دُونَ ذَلِكَ ، فَهُوَ قَتِيلُ الْمُسْلِمِينَ ، فَيَجِبُ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ» .

فَأَقُولُ : هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ خَوَاهِرُ زَادَةِ ﷺ لَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ حِلَافٌ مَنَصٌّ عَلَيْهِ مُحَمَّدٌ ﷺ فِي «الأَصْلِ» وَ[٢٣٤/٨] «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ، حَيْثُ أَهْدَرَ الدَّمَ ، وَلَمْ يُوجِبْ شَيْئًا فِي قَتِيلٍ يَمُرُّ بِهِ الْفَرَاتُ .

(١) ينظر : «الجامع الصغير» مع شرحه اللاحق الكبير [ص/٥٠٣]

(٢) سبق تخريجه .

وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِطِي ؛ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ الْقَرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ عَلَى التَّفْسِيرِ
الَّذِي تَقَدَّمَ لِأَنَّهُ اخْتَصَّ بِنُصْرَةِ هَذَا الْمَوْضِعِ فَهُوَ كَالْمَوْضُوعِ عَلَى الشَّطِّ وَالشَّطُّ
فِي يَدٍ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَسْتَقُونُ مِنْهُ الْمَاءَ وَيُورِدُونَ بِهِائِمَهُمْ فِيهَا ،

غاية البيان

وكذلك رَوَى الطَّحَاوِيُّ وَالْكَزْخِيُّ فِي «مُخْتَصَرَيْهِمَا» ، وَلَمْ يَحْتَرِوا مَوْضِعَ
انْبِعَاثِ الْمَاءِ أَصْلًا ، وَلَآنَ الْقَسَامَةُ وَالِدْيَةُ إِنَّمَا تَجِبَانِ حَيْثُ تَجِبَانِ عَلَى الْجَمَاعَةِ
لنِسْبَةِ التَّقْصِيرِ إِلَيْهِمْ فِيمَا لَزِمَهُمْ مِنَ الْحِفْظِ ، وَلَيْسَ الْفُرَاتُ وَدِخْلُهُ فِي وَلايَةِ أَحَدٍ ،
بَيْتُ الْمَاءِ يَكُنْ حِفْظُهُ لَازِمًا عَلَى أَحَدٍ ، فَلَمْ يَسْتَقِمَّ نِسْبَةُ التَّقْصِيرِ إِلَى أَحَدٍ ، فَصَارَ
كَالْمَفَارَةِ الْبَعِيدَةِ الَّتِي لَا يُسْمَعُ الصَّوْتُ فِيهَا ، وَلَا يُلْتَقَتُ إِذَنْ إِلَى مَوْضِعِ انْبِعَاثِ
الماء .

وَلَوْ كَانَ لَكُونِ مَوْضِعِ انْبِعَاثِ الْمَاءِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ أَثَرٌ فِي وَجُودِ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ
قَتِيلُ الْمُسْلِمِينَ ، لَوَجَبَ الدِّيَةُ إِذَا وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فِي الْمَفَارَةِ الْبَعِيدَةِ ،
لَأنَّهُ قَتِيلُ [١٨٠/٣] الْمُسْلِمِينَ لَا مُحَالَةً ، فَلَمَّا لَمْ تَجِبِ الدِّيَةُ فِي الْمَفَارَةِ ؛ لِأَنَّهَا
لَيْسَتْ فِي وَلايَةِ أَحَدٍ ، فَكُذِّبَ لَا تَجِبُ فِي الْفُرَاتِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي وَلايَةِ أَحَدٍ ، فَافْهَمُ .
قَوْلُهُ : (وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِطِي ؛ فَهُوَ عَلَى أَقْرَبِ الْقَرَى مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ) ،
وهذا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته فِي «مُخْتَصَرِهِ» ^(١) .

يُرِيدُ بِهِ : إِذَا كَانَ يُسْمَعُ الصَّوْتُ مِنَ الْقَرَى ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ عَلَى التَّفْسِيرِ
الَّذِي تَقَدَّمَ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ شَطَّ الْفُرَاتِ فِي يَدٍ مَنْ يَقْرُبُ مِنْهُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَسْتَقُونُ
مِنْهُ الْمَاءَ ، وَيُورِدُونَ بِهِائِمَهُمْ فِيهِ ، وَإِذَا كَانَ فِي أَيْدِيهِمْ كَانُوا أَخَصَّ بِهِ ، فَلَزِمَهُمْ
الْقَسَامَةُ وَالِدْيَةُ .

قَوْلُهُ : (بِهَائِمَهُمْ فِيهَا) ، أَي : فِي الشَّطِّ ، وَأَنْتَ الضَّمِيرُ عَلَى تَأْوِيلِ النَّاحِيَةِ .

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/١٩٢] .

بِخِلَافِ النَّهْرِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ لِاخْتِصَاصِ أَهْلِهَا بِهِ لِقِيَامِ يَدِهِمْ عَلَيْهِ
فَتَكُونُ الْقَسَامَةُ وَالْدِّيَةُ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: وَإِنْ ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بَعِيْنَهُ؛ لَمْ تَسْقُطِ الْقَسَامَةُ
عَنْهُمْ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ وَذَكَرْنَا فِيهِ الْقِيَاسَ وَالِاسْتِحْسَانَ.

شَافِعِي الْبَيَان

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ النَّهْرِ الَّذِي يُسْتَحَقُّ بِهِ الشُّفْعَةُ)، يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ: (فَهُوَ هَذَرٌ).
يَعْنِي: إِذَا رُجِدَ الْقَتِيلُ فِي النَّهْرِ الصَّغِيرِ، يَجِبُ فِيهِ الْقَسَامَةُ وَالْدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ أَرْبَابِ
النَّهْرِ، وَلَا يَكُونُ هَذَرًا لِنِسْبَةِ التَّقْصِيرِ إِلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُ فِي أَيْدِيهِمْ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بَعِيْنَهُ؛ لَمْ تَسْقُطِ
الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ)، أَي: قَالَ الْقُدُّورِيُّ رحمته الله فِي «مَحْتَصِرِهِ»^(١).

وَسَقُوطُ الْقَسَامَةِ هُوَ الْقِيَاسُ، وَهُوَ رَوَايَةُ ابْنِ الْمُبَارَكِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله،
وَرُويَ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمته الله مِثْلُهُ.

وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: لَا يَسْقُطُ، وَهُوَ رَوَايَةُ «الْأَصْلِ»؛ لِأَنَّا قَدْ عَلِمْنَا: أَنَّ الْقَاتِلَ
أَحَدُ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ فِي الظَّاهِرِ، وَهَذَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الضَّمَانُ، فَإِذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى
وَاحِدٍ بَعِيْنَهُ، فَلَمْ يَزِدْ عَلَى مَا عَلِمْنَاهُ، فَلَا يَتَغَيَّرُ حُكْمُ الْقَسَامَةِ بِذَلِكَ.

وَوَجْهُ الْقِيَاسِ: أَنَّ دَعْوَاهُ عَلَى وَاحِدٍ إِبْرَاءٌ لِلْبَاقِينَ، فَلَمْ يَجُزْ اسْتِحْلَافُهُمْ مَعَ
إِبْرَاءِ الْوَلِيِّ لَهُمْ، فَيَجِبُ بِمِيزٍ وَاحِدَةٍ، وَقَدْ مَرَّ تَمَامُ الْبَيَانِ عِنْدَ قَوْلِهِ: (هَذَا الَّذِي
ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَى [١/٥٢٣٤/٨] الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى عَلَى
الْبَعْضِ لَا بِأَعْيَانِهِمْ).

قَوْلُهُ: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ)، أَشَارَ بِهِ إِلَى مَا ذَكَرْنَاهُ بِقَوْلِهِ: (وَلَوْ ادَّعَى عَلَى الْبَعْضِ
بِأَعْيَانِهِمْ: أَنَّهُ قَتَلَ وَلِيَّهُ هَمْدًا أَوْ خَطَأً)

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/١٩٢].

قَالَ: وَإِنْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ، سَقَطَ عَنْهُمْ.

وَوَجْهُ الْفَرْقِ هُوَ أَنَّ وُحُوبَ الْقَسَمَةِ عَلَيْهِمْ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْقَاتِلَ مِنْهُمْ فَتَعَيَّنَ وَاحِدًا مِنْهُمْ لَا يَتَأَيَّبُ ابْتِدَاءَ الْأَمْرِ لِأَنَّهُ مِنْهُمْ بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ مِنْ غَيْرِهِمْ لِأَنَّ ذَلِكَ بَيَانٌ أَنَّ الْقَاتِلَ لَيْسَ مِنْهُمْ، وَهُمْ إِنَّمَا يَعْرِضُونَ إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ مِنْهُمْ لِكُونِهِمْ قَتْلَةً تَقْدِيرًا حَيْثُ لَمْ يَأْخُذُوا عَلَى بَدِ الطَّالِمِ، وَلِأَنَّ أَهْلَ الْمَحَلَّةِ لَا يَقُومُونَ بِمَجْرَدِ ظُهُورِ الْقَتِيلِ بَيِّنَ أَظْهَرِهِمْ إِلَّا بِدَعْوَى الْوَلِيِّ، فَإِذَا ادَّعَى الْقَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمْ امْتَنَعَ دَعْوَاهُ عَلَيْهِمْ وَسَقَطَ لِفَقْدِ شَرْطِهِ.

قَالَ: وَإِذَا التَّقَى قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ، فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ؛ فَهُوَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ؛

﴿عَلَاةُ الْبَيِّنِ﴾

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِهِمْ؛ سَقَطَ عَنْهُمْ).

وَدَلَّكَ لِأَنَّ هَذَا الْحُكْمَ لَا يَلْزُمُ أَهْلَ الْمَحَلَّةِ بِظُهُورِ الْقَتِيلِ، إِلَّا بَعْدَ أَنْ يَدَّعِيَ عَلَيْهِمُ الْوَلِيُّ، فَإِذَا ادَّعَى عَلَى غَيْرِهِمْ؛ فَقَدْ نَفَى بِدَعْوَاهِ الْقَتْلَ عَنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، يَسْقُطُ عَنْهُمْ حُكْمُ ذَلِكَ، وَهِيَ اسْتَوْفَيْنَا الْبَيَانَ عِنْدَ قَوْلِهِ: (هَذَا الَّذِي ذَكَرْنَا إِذَا ادَّعَى الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى جَمِيعِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ). فَيُنْظَرُ ثَمَّةَ لَا مُحَالَةَ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا التَّقَى قَوْمٌ بِالسُّيُوفِ، فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ؛ فَهُوَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ)،
أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَصُورُثُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام؛ فِي فَرِيقَيْنِ النَّقِيَّ بِالسُّيُوفِ، فَأَجْلَوْا عَنْ قَتِيلٍ، قَالَ: هُوَ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْأَوْلِيَاءُ عَلَى أَوْلَئِكَ، أَوْ يُعَرِّفَ رَجُلٌ بَعِيْنَهُ، فَلَا يَكُونُ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، وَلَا عَلَى أَوْلَئِكَ إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ»^(١). إِلَى [١٨٠/٣] هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

(١) يَطْرُقُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ النَّامِعِ الْكَبِيرِ؛ [ص/٥٠٣].

لأن القنيل بين أظهرهم والحفط عليهم (لأن يدعي الأولياء على أولئك أو على [٢٧٨/أ] رجل منهم بعينه فلم يكن على أهل المحلة شيء) لأن هذه

غاية الديان

وأصل ذلك: أن القنيل إذا وجد في محلة، ولم يُعرف قائله، تحجب القسامة والدية على أهل المحلة بحديث حبيب، إلا أن يدعي الأولياء على بعض الفريقين؛ برئ أهل المحلة من ذلك؛ لأن دعواهم على غير أهل المحلة إبراء لأهل المحلة، فلا يثبت عليهم شيء أيضاً بمجرد الدعوى بدون إقامة البيّنة، لقوله ﷺ: «البيّنة على المدعي، واليمين على من أنكر»^(١).

وقوله: (أو يُعرف رجل بعينه).

قال فحر الإسلام البرذوي رحمه الله: «عنى به في الدعوى لا في ظهور القتل عليه، وأراد به: الدعوى على رجل بعينه من أولئك الذي اقتتلوا لا من أهل المحلة؛ لأنه لو كانت الدعوى على واحد من أهل المحلة، لا يتضمن ذلك هراءة أهل المحلة إذا لم تقم الحجة على الرجل الذي عينوه؛ لأن القسامة تدل على أن القاتل منهم، فتعيّنه منهم لا ينافيها، بخلاف التعيين من غيرهم؛ لأنه ينافيها» وقد مر ذلك قبل هذا.

ولا يقال: الظاهر أن أولئك القوم قتلوه؛ لأننا نقول: الظاهر يصلح للدفع، لا للاستحقاق.

يقال: أجلوا عن قنيل^(٢)، أي: انكشفوا وانفرحوا. يعني: ذهبوا وتركوا قبلاً.

قوله: (بين أظهرهم)، أي: بينهم، والظاهر مُفَحِّمٌ، كما في قوله ﷺ: «لا

(١) سبق تخريجه.

(٢) إشارة إلى قول صاحب «الهداية»: «إذا التقى قوم بالسيرف فأجرو عن قنيل». ينظر: «الهداية» للمزعباني [٥٠٣/٤].

الِدَّعَوَى تَصَمَّتْ بِرَأَاةِ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ عَنِ الْقَسَامَةِ.

قَالَ (وَلَا عَلَى أَوْلِيكَ حَتَّى يَقِيمُوا الْبَيِّنَةَ) لِأَنَّ بِمُجَرَّدِ الدَّعَوَى لَا يَثْبُتُ الْحَقُّ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، أَمَّا يَسْقُطُ بِهِ الْحَقُّ عَنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ لِأَنَّ قَوْلَهُ حُجَّةٌ عَلَى نَفْسِهِ.

وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ، أَقَامُوا بِقَلَاةٍ مِنَ الْأَرْضِ، لَا مِلْكَ لِأَحَدٍ فِيهَا، فَإِنْ وُجِدَ فِي جَبَاءٍ، أَوْ فُسْطَاطٍ، فَعَلَى مَنْ يَسْكُنُهَا الدِّيَّةُ وَالْقَسَامَةُ، وَإِنْ كَانَ

نهاية البيان

صَدَقَ إِلَّا عَنْ ظَهْرِ غِنَى^(١).

قَالَ فِي «الْعَاتِقِ»: «أَقَامَ فَلَانٌ بَيْنَ أَطْهَرِ قَوْمِهِ وَظَهْرَانِيهِمْ، أَي [٢٢٥/٨] أَدَامَ بَيْنَهُمْ، وَإِقْحَامُ الْأَطْهَرِ - وَهُوَ جَمْعُ ظَهْرٍ - عَلَى مَعْنَى أَنْ إِقَامَتَهُ فِيهِمْ عَلَى سَبِيلِ الْإِسْطِهَارِ بِهِمْ، وَالْإِسْتِنَادِ إِلَيْهِمْ، وَأَمَّا «ظَهْرَانِيهِمْ»: فَقَدْ رِثَتْ فِيهِ الْأَلْفُ وَالثُّونُ عَلَى «ظَهْرٍ» عِنْدَ الثَّنِيَّةِ لِلتَّأَكُّيدِ^(٢)، وَكَأَنَّ مَعْنَى الثَّنِيَّةِ: أَنَّ ظَهْرًا مِنْهُمْ قُدَّامَهُ، وَآخَرُ وَرَاءَهُ؛ فَهُوَ مَكْشُوفٌ مِنْ جَانِبَيْهِ، هَذَا أَصْلُهُ، ثُمَّ كَثُرَ حَتَّى اسْتُعْمِلَ فِي الْإِقَامَةِ بَيْنَ الْقَوْمِ مُطْلَقًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَكْشُوفًا^(٣). ذَكَرَهُ فِي الْأَلْفِ مَعَ الرَّايِ.

قَوْلُهُ: (لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ)، أَشْرَبَهُ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَائِلِ بَابِ الْقَسَامَةِ بِقَوْلِهِ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»^(٤).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ وُجِدَ قَتِيلٌ فِي مُعَسْكَرٍ، أَقَامُوا بِقَلَاةٍ مِنَ الْأَرْضِ؛ لَا مِلْكَ لِأَحَدٍ فِيهَا، فَإِنْ وُجِدَ فِي جَبَاءٍ، أَوْ فُسْطَاطٍ، فَعَلَى مَنْ يَسْكُنُهَا الدِّيَّةُ وَالْقَسَامَةُ، وَإِنْ كَانَ

(١) سبق تخريجه.

(٢) «وذلك لأن الألف والون تستعملان للمبالغة كما في «عطشان» و«سكران» كما في حاشية «م».

(٣) ينظر: «العاتق في غريب الحديث» لرمعشري [٤١/١]

(٤) سبق تخريجه.

خارجاً من القُسطاطِ ؛ فعلى أقرب لأخية ؛ اعتباراً لليد عند اعدام الملك

﴿ هبة اليمين ﴾

خارجاً من القُسطاطِ ؛ فعلى أقرب لأخية^(١) ، وهذه من مسائل «الأصل» ، ذكرها
تفريعاً على مسألة «المختصر» .

يُقال : عَشْكَرُ يُعَشْكَرُ عَشْكَرَةً ، إذا هيأ العَشْكَرَ . كذا في «ديوان الأدب»^(٢) .

والعَشْكَرُ . هو السَّجْدُ ، وكان من حق الكلام أن يُقال : في عَشْكَرٍ أقاموا بفلاةٍ
أي : نزلوا وسكّوا به ؛ لأنَّ المُعَشْكَرَ يفتح الكافِ مرل العَشْكَرِ ، إلا أن يُقال : أراد
به : العَشْكَرَ المُهَيَّأً .

ولفظ الكَرْخِيّ . «وقال مُحَمَّدٌ ﷺ في قتيلٍ يُوجَدُ في لَعَسْكَرٍ في فلاةٍ من
الأرضِ يسَّ في ملكٍ أحدٍ ؛ أنه إن وُجِدَ في خِباءٍ أو قُسطاطٍ ؛ فعلى من يَسْكَرُ ذلك
الخِباءُ أو القُسطاطُ : القَسَامَةُ والدُّبَّةُ على عَواقِلِهِمْ ، وإن وُجِدَ خارجاً [من القُسطاطِ
والخِباءِ ؛ فعلى أقرب لأخية منه : القَسَامَةُ والدُّبَّةُ»^(٣) . إلى هنا لفظه
في «مختصره» .

وجملة^(٤) الكلام فيه : ما قال شيخ الإسلام علاء الدين الأَسِيحَاجِيُّ ﷺ
في «شرح الكافي» . «وإذا وُجِدَ اِقتِيلُ في العَشْكَرِ ، والعَشْكَرُ في [٤٨١/٣] أرضٍ
فلاةٍ ؛ فهو على القبيلةِ لَّذِينَ وُجِدَ في رِحَالِهِمْ ؛ لأنَّهم إذا نزلوا في فلاةٍ صارَ كلُّ
قبيلةٍ كمَحَبَّةٍ عن جدَّةٍ ، فيكونُ صِيَانَةُ ذلكَ الموضعِ عليهم . هذا إذا نزلوا قبيلةً
قبيلةً ، أمّا إذا نزلوا مَخْتَبِطِينَ يَجِبُ على أقربِ أهلِ الأَخِيَّةِ إليه على من في الخِباءِ

(١) ينظر : «الأصل» [٤٣٢/٤ ، ٤٣٣] ، «المبسوط» [١١٩/٢٦ ، ١٢٠] ، «بدائع الصانع»
[٣٦٣ ، ٣٦٢/٦] ، «لسان» [٤٤٧/١٢ - ٤٤٤] ، «الفتاوى الهندية» [٩٩/٦] .

(٢) ينظر : «ديوان الأدب» للفارسي [٤٧٩/٢] .

(٣) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٣٤٦/ق] ، داماد .

(٤) من بين المعرفتين ، ويأده من «٢٢» ، «٢٣» ، «٢٤» ، «٢٥» ، «٢٦» ، «٢٧» ، «٢٨» ، «٢٩» ، «٣٠» ، «٣١» ، «٣٢» ، «٣٣» ، «٣٤» ، «٣٥» ، «٣٦» ، «٣٧» ، «٣٨» ، «٣٩» ، «٤٠» ، «٤١» ، «٤٢» ، «٤٣» ، «٤٤» ، «٤٥» ، «٤٦» ، «٤٧» ، «٤٨» ، «٤٩» ، «٥٠» ، «٥١» ، «٥٢» ، «٥٣» ، «٥٤» ، «٥٥» ، «٥٦» ، «٥٧» ، «٥٨» ، «٥٩» ، «٦٠» ، «٦١» ، «٦٢» ، «٦٣» ، «٦٤» ، «٦٥» ، «٦٦» ، «٦٧» ، «٦٨» ، «٦٩» ، «٧٠» ، «٧١» ، «٧٢» ، «٧٣» ، «٧٤» ، «٧٥» ، «٧٦» ، «٧٧» ، «٧٨» ، «٧٩» ، «٨٠» ، «٨١» ، «٨٢» ، «٨٣» ، «٨٤» ، «٨٥» ، «٨٦» ، «٨٧» ، «٨٨» ، «٨٩» ، «٩٠» ، «٩١» ، «٩٢» ، «٩٣» ، «٩٤» ، «٩٥» ، «٩٦» ، «٩٧» ، «٩٨» ، «٩٩» ، «١٠٠» .

وَإِنْ كَانَ الْقَوْمُ لَقُوا قِتَالًا، فَقَاتَلُوا قِتَالًا، وَوُجِدَ قَتِيلٌ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ؛

﴿حَايَةُ لَيْسَانَ﴾

جميعاً؛ لأنه يصيرُ كدُورٍ مُتَعَرِّقَةٍ، لَسَنٍ فِي مَوْصِعٍ قَوْمٍ مُحْتَمِعِينَ.

وَإِنْ كَانَ الْعَسْكَرُ فِي مِثْلِكَ رَجُلٍ؛ فَعَلَى عَاقِلَةِ رَبِّ الْأَرْضِ الْقَسَامَةُ وَالذِّيَّةُ؛
لأنَّ صَاحِبَ الْمِثْلِ أَقْدَرُ عَلَى الصِّيَانَةِ، بِمَنْزِلَةِ دَارٍ مَمْلُوكٍ لِرَجُلٍ وَفِيهَا سَاكِنٌ، وَإِنْ
كَانَ الْعَسْكَرُ فِي فَلَاحَةٍ مِنَ الْأَرْضِ، فَوُجِدَ قَتِيلٌ فِي قُسْطَاطٍ رَجُلٍ؛ فَعَلَيْهِ الْقَسَامَةُ
[٢٣٥ هـ]، يَكْرُرُ عَلَيْهِ الْأَيْمَانُ، وَعَلَى عَاقِلَتِهِ الذِّيَّةُ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ دَارٍ وَجِدَ فِيهَا قَتْلٌ
فِي الْمَحَلَّةِ؛ فَإِنَّ الْقَسَامَةَ تَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الدَّارِ وَالذِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ لِأَنَّ أَمْرَ
الصِّيَانَةِ إِلَيْهِ، فَكَذَا هُنَا.

وَلَوْ وُجِدَ الْقَتِيلُ بَيْنَ الْقَبِيلَتَيْنِ مِنَ الْعَسْكَرِ فَعَلَيْهِمَا جَمِيعًا الْقَسَامَةُ وَالذِّيَّةُ، إِنْ
كَانَ الْقَتِيلُ إِلَيْهِمَا سَوَاءً؛ لِأَنَّهُمَا فِي قُدْرَةِ الصِّيَانَةِ عَلَى السَّوَاءِ، بِمَنْزِلَةِ قَتِيلٍ بَيْنَ
لِمَحَلَّتَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أَهْلُ الْعَسْكَرِ قَدْ لَقُوا عَدُوَّهُمْ؛ فَلَا قَسَامَةَ فِي الْقَتِيلِ، لِأَنَّ
الظَّاهِرَ أَنَّ هَذَا قَتِيلُ الْعَدُوِّ. - كَذَا فِي «شَرْحِ الْكَافِي».

وَالْخَبَاءُ: الْخَيْمَةُ مِنَ الصُّوفِ، وَالْقُسْطَاطُ: الْخَيْمَةُ الْعَظِيمَةُ.

قَالَ ابْنُ جُنَيْنٍ فِي شَرْحِهِ لـ «دِيْوَانِ الْمُتَنَبِّئِي» فِي قَافِيَةِ النَّوْنِ: «أَحْبَرَنِي أَبُو بَكْرٍ
مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ، عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنِ يَحْيَى قَالَ: قَالَ [لِي] ^(١) يَعْقُوبُ: قَالَ
ابْنُ لُكْلَبِيِّ: بَيُوتُ الْعَرَبِ سِتَّةٌ: قُبَّةٌ مِنْ أَدَمَ، وَمِظْلَةٌ مِنْ شَعِيرٍ، وَجِبَاءٌ مِنْ صُوفٍ،
وَبِجَادٌ مِنْ زَبَرٍ، وَخَيْمَةٌ مِنْ شَجَرٍ، وَقِنَّةٌ وَأُقِنَّةٌ مِنْ حَخَرٍ» ^(٢).

قَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ الْقَوْمُ لَقُوا قِتَالًا، فَقَاتَلُوا قِتَالًا، وَوُجِدَ قَتِيلٌ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ،

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ: «فَاعِلًا»، «فَاعِلًا»، «فَاعِلًا»، «فَاعِلًا»، «فَاعِلًا». - وَهُوَ الْمَوَاقِفُ لَمَّا وَقَعَ فِي:

«الْقِسْرِ فِي شَرْحِ دِيْوَانِ الْمُتَنَبِّئِي» لِابْنِ جُنَيْنٍ.

(٢) بِطَرِيقِ «الْقِسْرِ فِي شَرْحِ دِيْوَانِ الْمُتَنَبِّئِي» لِابْنِ حَيٍّ [٦٨٦/٣]

فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَّةَ ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْعَدُوَّ قَتَلَهُ فَكَانَ هَذَرًا ، وَإِنْ لَمْ يَلْقَوْا عَدُوًّا

﴿ هاية انبياء ﴾

فَلَا قَسَامَةَ وَلَا دِيَّةَ ، وهذه المسألة ذُكِرَتْ تفريعاً على مسألة «المختصر» أيضاً ، وهي مِنْ مسائل «الأصل»^(١)

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ ﴿ في «مختصره» : «وإن كان القوم قد لَقُوا قتالاً فقاتلوا ، فلا قَسَامَةَ وَلَا دِيَّةَ في قَتْلِ وَجَدٍ بَيْنَ أَظْهُرِهِمْ ، وَكَذَلِكَ رَوَى يَشْرُ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ﴾ قَالَ : قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﴿ : إِذَا رُحِدَ الْقَتِيلُ فِي عَشْكَرِ الْمُسْلِمِينَ بَعْدَمَا لَقُوا عَدُوَّهُمْ ، فَكَانَ بَيْنَهُمْ قِتَالٌ ، لَا قَسَامَةَ فِيهِ وَلَا دِيَّةَ .

وَكَذَلِكَ قَالَ أَبُو يُوسُفَ ﴿ ، وَقَالَ : هَذَا مِنْ قَتْلِ الْعَدُوِّ ، وَإِذَا لَمْ يَكُونُوا لَقُوا عَدُوًّا ، وَلَا قِتَالًا ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ ﴿ قَالَ فِي ذَلِكَ : هُوَ عَلَى أَرْبَابِ الْأَرْضِ أَمَّا فِيهَا الْعَسْكَرُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَالٌ ، فَعَلَى عَاقِلَةٍ أَقْرَبِ الْأَنْجِيَةِ وَالْقَسَاطِيطِ إِلَيْهِ : الْقَسَامَةُ وَالْدِّيَّةُ »^(٢) إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ ﴿ .

قَوْلُهُ : (قِتَالًا) ، فِيهِ وَجُوهٌ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَفْعُولًا بِهِ عَلَى إِرَادَةِ مَعْنَى الْمَصْدَرِ ، كَقَوْلِهِمْ : لَقِيَ فُلَانٌ فِي مَجْلِسِ الْأَمِيرِ الضَّرْبَ ، أَوْ الْإِكْرَامَ إِذَا حَصَلَ لَهُ ذَلِكَ . أَيْ : حَصَلَ لَهُمُ الْقِتَالُ مِنَ الْعَدُوِّ .

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ حَالًا مِنْ ضَمِيرِ الْجَمْعِ ، عَلَى إِرَادَةِ اسْمِ الْقَاعِصِ مِنَ الْمَصْدَرِ ، أَيْ : مُقَاتِلِينَ ، يَغْنِي : لَقُوا الْعَدُوَّ مُقَاتِلِينَ ، وَالْمَفْعُولُ بِهِ مَحْذُوفٌ .

وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقَعَ [٢٢٦٨ م] « قِتَالًا » ، بِمَعْنَى ٤٨١/٣ : مُقَاتِلِينَ ، مَفْعُولًا بِهِ أَيْضًا ، صِفَةً لِمَحْذُوفٍ قَائِمَةٌ مَقَامَهُ ، أَيْ : لَقُوا عَدُوًّا مُقَاتِلِينَ ، فَقاتلوا مُقاتلةً .

وَيَجُوزُ أَنْ يَقَعَ تَمْيِيزًا ، أَيْ : لَقُوا الْعَدُوَّ مِنْ حَيْثُ الْمُقَاتَلَةُ ؛ لِأَنَّ فِي لِقَائِهِمْ

(١) ينظر «الأصل» المعروف بالمبسوط [٥٧٢/٦] طبعة : وزارة الأوقاف القطرية .

(٢) ينظر «شرح مختصر الكرخي» لبقدرى [ق ٣٤٥ / داماد] .

عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَإِنْ كَانَ لِلْأَرْضِ مَالِكٌ فَالْعُسْكَرُ كَالسُّكَّانِ فَيَحِبُّ عَلَى الْمَالِكِ
عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: قَالَ: وَإِذَا قَالَ الْمُسْتَخْلَفُ: قَتَلَهُ فُلَانٌ؛ اسْتَخْلَفَ بِاللهِ مَا قَتَلْتُ، وَلَا
عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ؛ لِأَنَّهُ يُرِيدُ إِسْقَاطَ الْحُصُومَةِ عَنْ نَفْسِهِ يَقُولُهُ فَلَا يُقْتَلُ
فَيَحِبُّ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّهُ لَمَّا أَقْرَبَ بِالْقَتْلِ عَلَى وَاحِدٍ صَارَ مُسْتَشْنَى عَنْ الْيَمِينِ
فَبَقِيَ حُكْمُ مَنْ سِوَاهُ فَيَحِلُّ عَلَيْهِ.

غاية البيان

إِذَا مَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِسَبِيلِ الصُّلْحِ، أَوْ بِسَبِيلِ الْعَدَاوَةِ وَالْمُقَاتَلَةِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَقَعَ مَفْعُولًا لَهُ، أَي: لَقُوا الْعَدُوَّ لِأَجْرِ الْمُقَاتَلَةِ.

وَالْحَاصِلُ: أَنَّ الْقِتَالَ إِذَا مَتَّقَ بَيْنَ عَسْكَرِ الْمُسْلِمِينَ، وَبَيْنَ أَعْدَائِهِمْ، ثُمَّ وَجِدَ
الْقِتْلَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، فَلَا قَسَامَةَ فِيهِ وَلَا دِيَّةَ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مِنْ قَتْلِ الْعَدُوِّ

قَوْلُهُ: (فَعَلَى مَا بَيَّنَّاهُ)، أَشَارَ بِهِ إِلَى أَنَّ الْقِتْلَ إِذَا وَجِدَ فِي الْعَسْكَرِ بَعْلًا، فَإِنْ
وُجِدَ فِي الْخَبَاءِ، فَهُوَ عَلَى سَاكِنِهِ، وَإِنْ وَجِدَ حَارِجَ الْخَبَاءِ، فَعَلَى أَقْرَبِ الْأَخْبِيَةِ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ)، أَشَارَ بِهِ إِلَى مَا ذَكَرَ عِنْدَ قَوْلِهِ: (وَلَا يَدْخُلُ السُّكَّانُ مَعَ
الْمَلَائِكَةِ فِي الْقَسَامَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ)، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: هُوَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا قَالَ الْمُسْتَخْلَفُ: قَتَلَهُ فُلَانٌ؛ اسْتَخْلَفَ بِاللهِ مَا قَتَلْتُ، وَلَا
عَرَفْتُ لَهُ قَاتِلًا غَيْرَ فُلَانٍ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، يَعْنِي: لَا
يُسْقَطُ الْيَمِينُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ: (قَتَلَهُ فُلَانٌ).

غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ: أَنَّ فُلَانًا صَارَ مُسْتَشْنَى عَنْ يَمِينِهِ، حَيْثُ قَالَ: قَتَلَهُ هُوَ،

(١) ينظر «مختصر القدوري» [ص ١٩٣]

قال: وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم: أنه قتل، لم تقبل شهادتهما وهذا عند أبي حنيفة، وقالوا: تقبل لأنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على غيرهم فتقبل

حاشية البيهقي

وهذا لا ينبغي أن يكون المقر شريكاً معه في القتل، وأن يكون غيره شريكاً معه. فإذا كان كذلك، يخلف أنه ما قتله، ولا عرف له قاتلاً غير فلان.

قوله: (قال: وإذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم: أنه قتل، لم تقبل شهادتهما)، أي: قال القدوري رحمه الله في «مختصره»^(١)، وهذا الذي ذكره قول أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: يقبل شهادتهما؛ لأن الولي لما ادعى على غيرهم؛ فقد أبرأهم عن الدعوى، فقد خرجوا عن عرضية كونهم خصماً، فلم يكر في شهادتهم جرّ مغنم، ولا دفع مغرم، فانتفت الثمة أصلاً، فتقبل شهادتهم كسائر الأجانب.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أنهم تعينوا خصماً لوجود القتل بين أطهرهم؛ لأنهم جعلوا خصماً تقديراً بجعلهم قاتلين تقديراً لتقصيرهم، ولهذا لو ادعوا القتل على غيرهم؛ قبل شهادتهم على ذلك بدون الولي يصح؛ لأنهم يحتاجون إلى دفع ثمة القتل عن أنفسهم، والخصم في حادثة لا تقبل شهادته فيها.

وإن خرج من كونه خصماً، ولأن معنى الثمة قائم؛ لأنه يَحْتَمِلُ | ١٠٢٢٦ | أن يدفعوا بهذه الشهادة المغرم عن أنفسهم؛ إذ من الجائز أن يحيى ولي آخر فيدعي عليهم، فلو قبلت شهادتهم، وقضى القاضي بذلك؛ لم يكن لغيره أن يدعي عليهم شيئاً، فتبت أن احتمال دفع الغرم ثابت، وكفى بهذا القدر ثمة، ولكن لا

(١) بطر: المصدر السابق.

شهادتهم كالتوكيل بالخصومة إذا عُرِلَ قَبْلَ الخصومة وله أنهم خصماء بغير أنهم
فأنليس للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وإن خرجوا من جملة الخصوم
كأنوصي إذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد.

قال رحمته: وعلى الأصلين هذين: يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس

من باب البيان

شيء عليهم من الدية؛ لأن الولي قد أبرأهم.

قوله: (وعلى الأصلين هذين: يتخرج كثير من المسائل من هذا الجنس).

أحد الأصلين: أن من انتصب خصماً في حادثة لا تقبل شهادته في تلك
الحادثة أبداً بالإجماع.

والثاني: إن من له عرضية أن يصير خصماً، ثم بطلت العرضية فشهد؛ يقبل
بالإجماع.

[٤٨٢٣] ثم أبو حنيفة رحمته قال في هذه المسألة: الشهود خصوم، فلا تقبل
شهادتهم وإن خرجوا من الخصومة، وهما قالا: إنهم ليسوا بخصوم، ولكن لهم
عرضية أن يصيروا خصماً، فبطلت العرضية، فتقبل شهادتهم.

قال الإمام فخر الإسلام البرزدوي رحمته في «شرح الزيادات» في باب شهادة
لوكيل بعد الخصومة وقبلها: «الأصل في الباب: أن من صار خصماً في شيء بطلت
شهادته في ذلك أصلاً؛ لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا شهادة لخصم»^(١).

وبنى على ذلك مسائل:

منها: رجل أوصى إلى رجل، ثم مات، فلم يُخاصم الوصي إلى القاضي
حتى عزله القاضي، وحل للميت وصياً غيره، ثم إن الوصي الأول شهد للميت

بشهادة من ماله أو غيره ، فإن شهادته باطل ؛ لأنه لما مات الموصي وقد كان الوصاية ، فقد صار خصماً قائماً مقامه على طريق الخلافة ، والموصي لا شهادة في حق نفسه ، فكذلك من يخلقه .

الآ ترى أن الخصومة مضافة للشهادة ، والشهادة أمانة والخصومة صدق . وإن كان الوصي لم يرد ولم يقبل حتى شهده ، سأله القاضي : أنقل الوصية أم لا ؟ وبطلان قولها بطلان شهادته ، وإن ردّها أمضى شهادته ؛ لأن سبب الرد موقوف ، فوقف اثر الشهادة ، وذلك كالشفتين إذا شهدا بالبيع : فإن طلبنا الشفعة ردت شهادتهما ، وإن أبتلاها قبلت شهادتهما ، وإن لم يُخير أي شيء ، وقمها حتى يظهر حاله .

ومنها : رجل وكل رجلاً بالخصومة في شيء ، ثم أخرجها منها قبل أن يُحاصمه فيها إلى القاضي ، ثم شهد الوكيل بذلك ؛ حازت شهادته عند أبي حنيفة ، وبطلت عند أبي يوسف رحمهما الله ؛ لأن الوكيل لم يخلع الموكّل من كل أن الموكّل حي ، ولكنه أمره بالفعل ، فإذا فعل ذلك قام مقامه ، وألا فلا ، (١٠٠٠٠) والدليل عليه أنه لو أقر في مجلس القاضي على موكله ضح ، وفي غير مجلسه لا يصح ، فثبت أنه قبل أن يُحاصمه لا يصير خصماً ، فلا تتطلّب شهادته ، وعند أبي يوسف رحمهما الله لما قبل الوكالة فقد قام مقامه ، وصار خصماً .

الآ ترى أن إقراره في غير مجلس القاضي جائز عنده على الموكّل . وإن حاصم فيها ثم حرج ، لم تقبل شهادته في ذلك أبداً ، هذا في الوكالة الحاصّة .

ومنها : رجل وكل رجلاً بخصومة فلان في كل حق له قبله بمخصر من القاضي ، والقاضي يعرفهم جميعاً ، فلم يُحاصم الوكيل في شيء من ذلك حتى مر له الموكّل ، ثم شهد الوكيل بشيء من ذلك الذي وكله به ؛ قبلت شهادته عند

باب في القضاة

أبي حنيفة ومحمد عليهما السلام؛ لأن التوكيل عند القاضي يوجب العلم للقاضي حتى إذا حاصم بعد ذلك؛ لم يحتاج إلى إثبات الوكالة عند هذا القاضي.

فأما الخصومة: فلم توجد، فلا تبطل الشهادة، فإن لم يخرج الموكّل حتى حاصم رجلاً يدين للموكّل عليه، وذلك ألف درهم إلى هذا القاضي، فقضى بذلك أو لم يقض [٤٨٢/٣] حتى عزّله الموكّل، ثم شهد الموكّل بهذه الألف؛ لم تقبل، وإن شهد بمال آخر قبل هذا الرجل؛ قبلت شهادته؛ لأن القاضي إنما جعله خصماً في خصومة الألف التي حاصم فيها، فأما فيما عدا ذلك فلم يجعله خصماً، بل علمه وكيلاً بذلك، ويعلمه لا يصير خصماً.

وإنما يصير خصماً بفعل لخصومة، وبفعل الخصومة إنما اختص في ألف درهم، وهذا إذا كانت الوكالة عامة في الموجود دون الحادث، وكانت مؤكدة بعلم ^(١) القاضي، فأما إذا كانت مؤكدة بحكم القاضي، كما إذا كان الموكّل وكله بعير تخصر من القاضي، فأحضر الوكيل إلى القاضي الرجل، وأدعى عليه ألف درهم للموكّل، فأذكر الرجل الوكالة، فأقام الوكيل بيّنة على ذلك، فقضى له به القاضي، ثم عزّله الموكّل، ثم شهد الوكيل بمال على الذي وكل بالخصومة معه؛ لم تقبل شهادته على كل حال؛ لأن القاضي لما لم يعلم بوكالته احتاج الوكيل إلى إثباتها بالبيّنة، ومن ضرورة إثباتها في هذا الحق ثبوتها في كل الحقوق؛ لأن التوكيل حصل عامّاً، فلا يثبت في شيء حتى تثبت جملته كما أثبت الموكّل.

وإذا كان كذلك صارت الخصومة في الألف خصومة في سائر الحقوق؛ لإثبات الوكالة، فسقطت شهادته في عامة الحقوق فيها إلا أن يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة؛ لأن التوكيل بالخصومة [٢٣٧/٨] في كل حق له قبل فلا ينال الحادث

(١) في الأصل «بحكم» والمثبت من: «٢٥»، «٢٦»، «٢٧»، «٢٨»، «٢٩»، «٣٠»، «٣١»، «٣٢»، «٣٣»، «٣٤»، «٣٥»، «٣٦»، «٣٧»، «٣٨»، «٣٩»، «٤٠»، «٤١»، «٤٢»، «٤٣»، «٤٤»، «٤٥»، «٤٦»، «٤٧»، «٤٨»، «٤٩»، «٥٠»، «٥١»، «٥٢»، «٥٣»، «٥٤»، «٥٥»، «٥٦»، «٥٧»، «٥٨»، «٥٩»، «٦٠»، «٦١»، «٦٢»، «٦٣»، «٦٤»، «٦٥»، «٦٦»، «٦٧»، «٦٨»، «٦٩»، «٧٠»، «٧١»، «٧٢»، «٧٣»، «٧٤»، «٧٥»، «٧٦»، «٧٧»، «٧٨»، «٧٩»، «٨٠»، «٨١»، «٨٢»، «٨٣»، «٨٤»، «٨٥»، «٨٦»، «٨٧»، «٨٨»، «٨٩»، «٩٠»، «٩١»، «٩٢»، «٩٣»، «٩٤»، «٩٥»، «٩٦»، «٩٧»، «٩٨»، «٩٩»، «١٠٠».

في غاية البيان

بعد التوكيل، وإنما يتناول الموجود، فإذا لم يصِرْ خصماً فيه لم تبطل فيه شهادته ومنها: رَجُلٌ ادَّعى عند القاضي أن فلاناً وكله بالخصومة مع فلانٍ وفلانٍ في كلِّ حقٍّ قتلهم، وأحضرَ واحداً منهم، وأقامَ عليه البيّنة بالوكالة، ثم أخرجَه المُرَكَّلُ، ثم شهدَ له الوكيلُ بحقٍّ على هذا الذي أحضره، أو على الآخرين. ثم تُقبَلُ شهادته؛ لأنَّ الخصومةَ مع الحاضرِ كانتِ خصومةً مع الغائبين أيضاً.

وصارَ هذا الواحدُ خصماً عنهم؛ لأنَّه لا يتوصَّلُ إلى إثباتِ الوكالةِ بخصومة الحاضرِ إلَّا بإثباتها على الغائبين؛ لأنَّها وكالةٌ واحدة، وإذا كانَ كذلك بطلت الشَّهادةُ عليهم جميعاً إلَّا أن يكونَ حقاً حادثاً بعدَ الوكالةِ؛ لِما قلنا: إنَّ هذا التوكيلَ لا يتناولُ الحادثَ.

ومنها: رَجُلٌ ادَّعى عند القاضي: أن فلاناً وكله بطلبِ كلِّ حقٍّ له في مَضِرٍ كذا والخصومةَ فيه، وأحضرَ خصماً، فأقامَ عليه بيّنةً بذلك، ثم إنَّ المُرَكَّلَ أخرجَه مِنَ الوكالةِ، ثم شهدَ الوكيلُ بحقٍّ له على رَجُلٍ في ذلك المَضِرِّ، ثم يُقبَلُ؛ لأنَّه لَمَّا حاصمَ واحداً منهم، فقد خاصمهم، لِما قلنا إنَّها وكالةٌ واحدةٌ حتَّى إنَّه لا يَحْتَاجُ إلى إقامةِ البيّنةِ بالوكالةِ على غيره.

فصارَ الواحدُ خصماً عن الجماعة، وكذلك لو شهدَ بحقٍّ حادثٍ بعدَ الوكالةِ؛ لأنَّ هذا التوكيلَ يتناولُ القائمَ والحادثَ على ما عُرِفَ في كتابِ الوكالةِ، إلَّا أن يُعرَفَ حقٌّ له حادثٌ بعدَ العزلِ، فتُقبَلُ شهادتهُ بذلك؛ لأنَّه [٣٨٣ د] لم يصِرْ خصماً فيه.

ومنها: أن رَجُلًا حضرَ عند القاضي، وادَّعى أن فلاناً وكلَّ فلاناً العائِبَ. وهذا الحاضرُ بالخصومةِ في كلِّ حقٍّ له قتل النَّاسِ، فإنَّ القاضي يُقبَلُ البيّنة، وتجعلُ الحاضرَ والعائِبَ جميعاً وكلًّا؛ لأنَّ أحدَ الوكيلَيْنِ وإن كانَ ينفَرِدُ بالخصومةِ فزَنَ

وَلَوْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بَعِيَهُ ، فَشَهِدَ شَاهِدَانِ مِنْ أَهْلِهَا
عِنْدَهُ ؛ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ ، لِأَنَّ الْخُصُومَةَ قَائِمَةٌ مَعَ الْكُلِّ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ وَلِشَاهِدٍ
يَقْطَعُهَا عَنْ نَفْسِهِ فَكَانَ مِنْهُمَا . [٢٧٨/ط]

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشُّهُودَ يَخْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا يَرُدَّادُونَ عَلَى ذَلِكَ
لِأَنَّهُمْ أَخْبَرُوا أَنَّهُمْ عَرَفُوا الْقَاتِلَ .

غاية البيان

لَا يَتَقَرَّدُ بِالْقَبْضِ ، فَصَارَ لَا يَتَّبِعُ حَقُّهُ إِلَّا بِإِثْبَاتِ حَقِّ الْغَائِبِ ، فَصَارَ خَصْمًا عَنْهُ
حَتَّى إِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ ؛ لَمْ يُكَلَّفْ إِعَادَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوَكَالَةِ ، لِأَنَّ عَزَنَهُمَا الْمُوَكَّلُ ،
لَمْ يَشْهَدَا لَهُ بِحَقٍّ ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا إِلَّا فِي حَقِّ حَادِثٍ بَعْدَ الْعَزْلِ ؛ لِمَا قُلْنَا : إِنَّ
هَذَا تَوْكِيلٌ عَامٌّ فِي كُلِّ مِضْرٍ ، فَتَنَاولَ الْحَادِثَ وَالْمَوْجُودَ ، كَالْمُقَيَّدِ بِمِضْرٍ وَاحِدٍ .

وَقَوْلُهُ [٢٣٨/٨] : «وَكَلَّتْكَ بِكُلِّ حَقٍّ لَهُ» . بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ : «وَكَلَّتْكَ بِطَلَبِهِ
وَالْخُصُومَةِ فِيهِ» . لِمَا عُرِفَ فِي كِتَابِ الْوَكَالَةِ ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ . كَذَا فِي «شَرْحِ
الرِّيَادَاتِ» ، وَالْبَقِي يُعْنَمُ ثَمَّةً .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ ادَّعَى عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بَعِيَهُ ، فَشَهِدَ شَاهِدَانِ مِنْ أَهْلِهَا
عِنْدَهُ ؛ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ) ، ذَكَرَهُ تَفْرِيحًا عَلَى مَسْأَلَةِ «الْمَخْتَصَرِ» .

وَذَلِكَ لِأَنَّ الْخُصُومَةَ ثَابِتَةٌ تَقْدِيرًا مَعَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ جَمِيعًا ، كَمَا قُلْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ
الْأُولَى ، وَالشَّهَدَانِ يَدْفَعَانِ بِهِنِ الشَّهَادَةَ الْخُصُومَةَ عَنْ أَنْفُسِهِمَا ، فَكَانَا مَتَّهَمَيْنِ ،
وَشَهَادَةُ الْمُتَّهَمِ مَرْدُودَةٌ ، وَلَا تَسْقُطُ الْقَسَامَةُ عَنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بِهَذِهِ الدَّعْوَى ، وَقَدْ
عَرَفْتَ ذَلِكَ عِنْدَ قَوْلِهِ : (وَإِنْ ادَّعَى الْوَلِيُّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ بَعِيَهُ ؛ لَمْ
تَسْقُطِ الْقَسَامَةُ عَنْهُمْ) .

وَرُويَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله : يُخْلَفُ الشُّهُودُ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَا ، وَلَا يَرَادُ عَلَى ذَلِكَ ؛
لِأَنَّهُمْ اعْتَرَفُوا أَنَّهُمْ عَرَفُوا الْقَاتِلَ ، فَلَا وَجْهَ لِلِاسْتِحْلَابِ ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ رحمته الله : يُخْلَفُونَ

قال: ومن جرح في قبيلة، فثقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة. وإن كان صاحب فراش حتى مات؛ فالقسامة والدية على القبيلة، وهذا قول أبي حنيفة رحمته الله. وقال أبو يوسف رحمته الله: لا ضمان فيه ولا قسامة؛ لأن الذي حصل في القبيلة والمصلحة ما دون النفس فلا قسامة فيه، وصار كما إذا لم يكن صاحب فراش.

في بيان

أما ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلاً غير الذي شهدنا عليه؛ لأن التخصيص لم يؤخذ إلا في حق المشهود عليه، فبقي الباقي على ما كان. كذا في «كفاية البيهقي».

قوله: (ومن جرح في قبيلة، فثقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة، فإن كان صاحب فراش حتى مات؛ فالقسامة والدية على القبيلة، وهذا قول أبي حنيفة رحمته الله). وقال أبو يوسف رحمته الله: لا ضمان فيه ولا قسامة^(١)، وهذه المسائل المذكورة من هنا إلى كتاب المعاقل ليست بمذكورة في «البداية»، وإنما ذكرت في «الهداية» تفريعاً وتكثيراً للفوائد.

وقال الكرخي رحمته الله في «مختصره»: «قال أبو يوسف رحمته الله في «الإملاء»: قال أبو حنيفة رحمته الله في الرجل يجرح في القبيلة، فيتحامل إلى أهله، فيموت من تلك الجراحة، إن كان صاحب فراش حتى مات؛ فعلى عاقلة القبيلة: القسامة والدية. وإن لم [ط ٤٨٣/٢] يكن صاحب فراش؛ فلا ضمان فيه، ولا قسامة.

وقال ابن أبي ليلى رحمته الله: لا ضمان فيه، ولا قسامة، وإن كان صاحب فراش، وهو قول أبي يوسف^(٢). إلى هنا لفظ الكرخي رحمته الله.

(١) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» [ص/١٤٥]، «الأصل» [٤/٤٣٢]، «السر» [٢٦/١١٨، ١١٩]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٥٦]، «تبيين الحقائق» [٦/١٧٦]، «العيانة» [١٠/٣٩١].

(٢) ينظر «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٦/٣ دأمد].

وَلَهُ أَنْ الْجُرْحَ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ صَارَ قَتْلًا وَلِهَذَا وَجَبَ الْقِصَاصُ ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَ فِرَاشٍ أُضِيفَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ احْتِمَلُ أَنْ يَكُونَ الْمَوْتُ مِنْ غَيْرِ الْجُرْحِ فَلَا يَلْزَمُ بِالشَّكِّ .

❦ غايه البيان ❦

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبَغَابِيُّ رحمه الله فِي «شرح الكافي»: «وَإِذَا حُرِّحَ الرَّجُلُ فِي قَبِيلَةٍ ، أَوْ أَصَابَهُ حَجَرٌ ، لَا يُدْرَى مَنْ رَمَاهُ ، فَلَمْ يَزَلْ صَاحِبَ فِرَاشٍ حَتَّى مَاتَ ؛ فَعَلَى أَوْلِيكَ الْقَسَامَةُ وَالْدِّيَّةُ ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ يَجِيءُ وَيَدْهَبُ ؛ فَلَا شَيْءَ فِيهِ .

وَقَالَ [٢٣٨/٨ م] ابْنُ أَبِي لَيْلَى رحمه الله : لَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يَزَلْ مَرِيضًا بَعْدَمَا احْتَمَلَ حَتَّى مَاتَ .

هُوَ يَقُولُ : الْقَسَامَةُ إِنَّمَا تَجْرِي فِيمَنْ وُجِدَ قَتِيلًا ، وَهَذَا وَجِدَ جَرِيحًا ، وَهَذِهِ السُّكَّةُ تُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ إِذَا أُدْرِكَ حَيًّا احْتَمَلَ أَوْ لَمْ يُحْتَمَلْ ؛ لَا تَجْرِي فِيهِ الْقَسَامَةُ عِنْدَهُ ، وَلِأَنَّ الْقَسَامَةَ إِنَّمَا تَجْرِي فِي قَتِيلٍ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ ، وَمَنْ نُقِلَ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ ، فَهَذَا قَتِيلٌ مِنْ وَجْهِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ ، وَمِنْ وَجْهِ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ؛ لِأَنَّ الْأَثَرَ وَجِدَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، أَوْ يَقُولُ : إِنْ فِي الْقَبِيلَةِ لَمْ يُوْجَدْ إِلَّا مَا دُونَ النَّفْسِ ، وَذَلِكَ لَا يَلْزَمُ الْعَاقِلَةَ كَقَطْعِ الْمَعْصُورِ .

وَنَحْنُ نَقُولُ : هَذَا قَتِيلٌ وَجِدَ فِي مَحَنَةٍ لَا يُدْرَى فَاتَهُ ، وَالْحُكْمُ فِي قَتِيلٍ صَفَتُهُ هَذَا هَذَا .

قَوْلُهُ : «هَذَا جَرِيحٌ وَلَيْسَ بِقَتِيلٍ» لَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَاتَ عَقِيبَ هَذَا السَّبَبِ الطَّاهِرِ ؛ أُضِيفَ إِلَيْهِ الْمَوْتُ ، فَصَارَ قَتِيلًا ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ الرَّامِي مَعْلُومًا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُ الْقَتِيلِ ، وَيَجِبُ الْقَتْلُ لَوْ عُرِفَ الْجَانِي ، فَكَذَا ، إِنْ لَمْ يُعْلَمْ .

قَوْلُهُ : «قَتِيلٌ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ إِذَا مَاتَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ» .

وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَعَهُ جَرِيحٌ بِهِ رَمَقٌ، حَمَلَهُ إِنْسَانًا إِلَى أَهْلِهِ، فَمَكَثَ يَوْمًا، أَوْ يَوْمَيْنِ، ثُمَّ مَاتَ؛ لَمْ يَضْمَنْ الَّذِي حَمَلَهُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ يَدَهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَحَلَّةِ فَوْجُودُهُ جَرِيحًا فِي يَدِهِ كَوُجُودِهِ فِيهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجْهَيْ الْقَوْلَيْنِ فِيمَا قَبْلَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْقَبِيلَةِ.

❦ مِلَّةُ الْبَيَانِ ❦

قلنا: ليس كذلك؛ لأنَّ [فِعْلًا] ^(١) الْقَتْلُ وَجَدَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَالْأَثَرُ مَضَاهُ إِلَيْهِ، فَيُسَمَّى قَتْلًا فِي هَذَا الْمَوْضِعِ ضَرُورَةً، وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ لَا يَقْتُلُ فَلَانًا فِي الْمَسْجِدِ، فَجَرَحَهُ فِي الْمَسْجِدِ، وَمَاتَ فِي غَيْرِ الْمَسْجِدِ؛ يَحْتَثُّ فِي يَمِينِهِ.

فَأَمَّا إِذَا كَانَ صَحِيحًا يَذْهَبُ وَيَجِيءُ ثُمَّ مَاتَ؛ فَلَا شَيْءَ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ أَنَّهُ مَاتَ بِهَذَا السَّبَبِ، أَمَّا إِذَا عُرِفَ أَنَّهُ مَاتَ بِسَبَبِ الرَّمْيِ وَالْجَرَحِ؛ تَجْرِي فِيهِ الْقِسَامَةُ.

أَلَا تَرَى أَنَا اعْتَبَرْنَاهُ قَتْلًا فِي حَقِّ وَجوبِ الْقِصَاصِ، وَقِيلَ: لَا يَجْرِي فِي الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ ثَبَتَ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَمْتَدَّ الْعَهْدُ.

أَمَّا إِذَا مَتَدَّ: فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَزُولُ الْاِشْتِبَاهُ، وَالشَّرْعُ إِنَّمَا جَاءَ بِهِ فِي [مَوْضِعٍ] ^(٢) الْاِشْتِبَاهِ. كَذَا ذَكَرَ فِي «شرح الكافي».

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا مَعَهُ جَرِيحٌ) ^(٣) بِهِ رَمَقٌ، حَمَلَهُ إِنْسَانًا إِلَى أَهْلِهِ، فَمَكَثَ يَوْمًا، أَوْ يَوْمَيْنِ، ثُمَّ مَاتَ؛ لَمْ يَضْمَنْ الَّذِي حَمَلَهُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله، وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله يَضْمَنُ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مختصره»: «لَوْ أَنَّ رَجُلًا مَعَهُ جَرِيحٌ بِهِ رَمَقٌ، فَحَمَلَهُ حَتَّى أَتَى بِهِ أَهْلَهُ، فَمَكَثَ يَوْمًا، أَوْ يَوْمَيْنِ، ثُمَّ مَاتَ؛ لَمْ يَضْمَنْ الَّذِي حَمَلَهُ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ، وَقِيَاسِ قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى رحمته الله، وَفِي قِيَاسِ قَوْلِ [٨ ٢٣٩ ر.]

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من «فا»، «وار»، «وام»، «وان»، «واغ».

(٢) فِي «الأصل» «جرح». والمثبت من: «فا»، «وار»، «وام»، «وان»، «واغ».

ولو وُجد الرجل قتيلاً في دار نفسه ، فديته على عاقبته لورثته عند أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد ورزق لا شيء به ؛ لأن الدار في يده حين وُجد الجريح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرًا .

شعبة لم يار

أبي حنيفة رحمه الله : يكون ضامًا^(١) . إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله .

والرَّمَقُ : بقية الروح [١٨١/٣] وهذا بناء على ما تقدّم في المسألة الأولى ؛ لأن رُحود الجريح في يده كوجوده في المحلة ؛ لأنه ثبت يده عليه ، فإذا وُجد حريحاً في المحلة فتحامل إلى أهله فمات ؛ تجب القسامة والدية على عاقلة أهل المحلة ، فكذا هنا تجب القسامة على الحامل والدية على عاقلته ، فكأنه حملة مقتولاً .

وعند أبي يوسف رحمه الله : لا شيء في الجريح في المحلة ؛ إذا نُقل إلى أهله فمات ؛ لأن الموجد في المحلة جرح لا قتل ، والقسامة في القتل^(٢) لا في الجريح^(٣) ، فكذا هنا الموجد في يد الحامل حريح لا قتل ، فلا شيء فيه عند أبي يوسف ؛ لأن ما وُجد في يده جناية فيما دون النفس ، وهذا معنى قوله : (وقد ذكرنا وجهي القولين) ، أي : قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف رحمه الله .

قوله : (ولو وُجد الرجل قتيلاً في دار نفسه ؛ فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله) .

وقال أبو يوسف ومحمد ورزق رحمه الله : لا شيء فيه^(٤) .

(١) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقسري [٣٤٦/ق] دمااد .

(٢) في «الأصل» : «امتل» . والمشت من «ما» ، «ر» ، «م» ، «ن» ، «و» ، «ع» .

(٣) في «الأصل» : «احرح» . والمشت من «ما» ، «ر» ، «م» ، «ن» ، «و» ، «ع» .

(٤) ينظر : «الأصل» [٤٢٩ ، ٤٣٠] ، «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٧] ، «المبسوط» [١١٣/٢٦] ،

[١١٤] ، «بدائع الصنائع» [٣٦٤/٦] ، «تبيين الحقائق» [٧٥/٦] ، «شائع الأفكار» [٣٩١/١٠] ، =

وله أن القسامة إنما تحت بناءً على ظهور القتل، ولهذا لا يدخل في

«شأنه لبيان»

قال القُدوري في كتابه المسمى بـ «التقريب»: «قال أبو حمزة رحمه الله: إذا وُجد
الرجل قتيلاً في دارٍ نفسه، فديته على عاقلة».

وكان أبو بكر رحمه الله يقول: إن كان عاقلة المقتول عاقلة ورثته؛ فالجواب على
ما ذكر، وإن اختلف عوالمهم؛ فعلى عاقلة ورثته.

وقال أبو يوسف ومحمد وزفر رحمه الله: دمه هدر، وذوي أبو يوسف عن أبي
حنيفة نحوه، إلى هنا لفظ كتاب «التقريب».

وجه قولهم: أن رب الدار بحكم التقصير ينزل قاتلاً؛ لأنه هو المحاط
بصيانة دار نفسه بحكم المالكية، فلو وجد غيره قتيلاً في داره ينزل قاتلاً له تقديرًا،
فلزمه حكم القتل، وإذا وجد نفسه قتيلاً ينزل قاتلاً نفسه تقديرًا، ولو قتل نفسه
حقيقة يهدر دمه، فكذلك إذا صار قاتلاً نفسه تقديرًا.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حكم الصيانة يلزمه وعشيرته، ولهذا تجب الدية عليهم
عز أنه يختص بحكم القسامة لعلمه بحال القتل، وليس هاهنا من يعلم بحال
القتيل، فلا يلزم حكم القسامة، ولكن ترم الدية؛ لأنهم شركاؤه في تحمل الدية
[١٨٢٩٢٢٩/١] لكون الصيانة عليهم، فلما وجد قتيلاً في دار نفسه إن تعدر إيجاب
الدية عليه؛ لم يتعدر على عاقلة.

ألا ترى أن علته وحوب الدية وجود القتل في الدار، وفي حق هذا وجوده
قتيلًا، ووجود غيره قتيلاً سواءً، وعند ذلك يوصف من لزمه صيانة الدار عن مثل
هذا قاتلاً تقديرًا، فلزمه حكمه كذا في «شرح الكافي»

ولم يذكر القسامة على العاقلة في «الأصل» و«مختصر الكافي» ومختصري

الدَّيَّةُ مِنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَحَالَ ظُهُورِ الْقَتْلِ الدَّارِ لِلْوَرِثَةِ فَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ ،

«الطُّحَاوِيُّ وَالْكُرْجِيُّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ» ، هَلْ ذَكَرُوا الدَّيَّةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ فَحَسِبُ ،

وَكَذَلِكَ [١٨١/٣] ذَكَرَ الْقُنُورِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «التَّقْرِيبِ» ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي «المُخْتَلَفِ»^(١) ،
وَالْخَضِرُ^(٢) اخْتِلَافَ الْمَشَائِخِ فِي وَجُوبِ الْقَسَامَةِ عَلَى قَوْلِهِ .

قَوْلُهُ : (قَبْلَ ذَلِكَ) ، أَي : قَبْلَ ظُهُورِ الْقَتْلِ .

قَوْلُهُ : (فَتَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ) ، أَي : تَجِبُ الدَّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْوَرِثَةِ لِلْوَرِثَةِ ،
وَهَذَا إِذَا اخْتَلَفَ الْعَوَاقِلُ ، أَمَّا إِذَا اتَّحَدَتْ عَاقِلَةُ الْمَقْتُولِ مَعَ عَاقِلَةِ الْوَرِثَةِ ، فَحِينَئِذٍ
تَجِبُ الدَّيَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمَقْتُولِ لِلْوَرِثَةِ ، فَيُخْمَلُ مَا ذَكَرَهُ أَوَّلًا فِي الْمَتْنِ بِقَوْلِهِ :
(فَلَيْتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِوَرِثَتِهِ) ، عَلَى مَا إِذَا اتَّحَدَ الْعَوَاقِلُ ، وَالِاتِّحَادُ هُوَ الْغَالِبُ .

فَإِنْ قُلْتُ : كَيْفَ يَسْتَفِيدُ أَنْ تَعْقِلَ عَاقِلَةُ الْوَرِثَةِ لِلْوَرِثَةِ ، وَلَيْسَ بِمَقْعُولٍ أَنْ
يَعْقِلُوا عَنْ أَنْفُسِهِمْ لِأَنْفُسِهِمْ ؟

قُلْتُ : الْعَاقِلَةُ أَهَمُّ مِنْ أَنْ تَكُونَ وَرِثَةً أَوْ غَيْرَ وَرِثَةٍ ، فَمَا وَحَبَّ عَلَى غَيْرِ الْوَرِثَةِ
مِنَ الْعَاقِلَةِ يَحَبُّ لِلْوَرِثَةِ مِنْهُمْ ، وَهَذَا لِأَنَّ عَاقِلَةَ الرَّجُلِ أَهْلُ دِيَوَانِهِ عَدَا ، وَهَذَا
الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هُمْ أَقْرَبَاؤُهُ^(٣) .

(١) بَطْنُ «مُخْتَلَفِ الرِّوَايَةِ» لِأَبِي الْبَلْتِ السَّمُرْقَانِي [١٨٦١/٤]

(٢) مَعْنَى أَنْ الْأَقْرَبَ أَنَّ الْمَوْلَفَ يَقْصِدُ بِهِ «الْحَضَرَ» هَذَا كِتَابُ «حَضَرِ الْمَسَائِلِ» لِلْإِمَامِ أَبِي الْبَلْتِ
نَصْرَ بْنِ مُحَمَّدٍ السَّمُرْقَانِي الْقُطَيْبِ وَهَذَاكَ أَيْضًا «حَضَرِ الْمَسَائِلِ» وَقَضَرُ الدَّلَائِلِ / شَرْحُ مَطْوُوعَةِ
الْحِلَافِ لِلنَّسَمِيِّ لِعَلَاءِ الدِّهْنِ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْحَمِيدِ السَّمُرْقَانِي وَمِثْلُهُ لِسُخْمِ الدِّهْنِ قُصْرُ بْنُ مُحَمَّدٍ
بْنِ أَحْمَدَ النَّسَمِيِّ

لِسَمِيهِ كِتَابُ عِلَالَةِ الدِّهْنِ السَّمُرْقَانِي هُوَ نَفْسُهُ كِتَابُهُ الْأُخَرُ «مُخْتَلَفِ الرِّوَايَةِ» ، غَيْرَ أَنَّ الْمَوْلَفَ أَعَادَ
لَرِثَتِ الْكُتُبِ وَالْأَبْوَابِ عَلَى تَرْتِيبِ «مَطْوُوعَةِ الْحِلَافِ» لِلنَّسَمِيِّ

(٣) بَطْنُ «الْحَاوِي الْكَبِيرِ» لِلْحَاوِرْدِيِّ [٣٤٤/١٢] وَ«الْبَيَانُ» لِلْعَمَرَمِيِّ [٥٩٥/١١]

بِخِلَافِ الْمُكَاتَّبِ إِذَا وُجِدَ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ حَالَ ظُهُورِ قَتْلِهِ يَفِيتُ الدَّارَ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَتَلَ نَفْسَهُ فَيَهْدَرُ دَمُهُ .

غاية البيان

قوله: (بِخِلَافِ الْمُكَاتَّبِ إِذَا وُجِدَ قَتِيلًا فِي دَارِ نَفْسِهِ) ، بَعْنِي: لَا تَجِبُ دِيَّةُ الْمُكَاتَّبِ أَصْلًا ، بَلْ يُهْدَرُ دَمُهُ ؛ لِأَنَّ حَالَ ظُهُورِ قَتْلِهِ كَانَتْ الدَّارُ عَلَى مِلْكِهِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَنْفَسِخُ إِذَا مَاتَ وَلَهُ مَالٌ ، بَلْ يُقْضَى مَا عَلَيْهِ مِنْهُ ، فَإِذَا كَانَتْ الدَّارُ لَهُ حِينَ ظُهُورِ الْقَتْلِ ؛ جُعِلَ قَاتِلًا نَفْسَهُ تَقْدِيرًا لِقِيَامِ مِلْكِهِ ، وَالْحُرُّ حَالَ ظُهُورِ قَتْلِهِ انْتَقَلَ مِنْهُ مِلْكُهُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، فَلَمْ يُجْعَلْ قَاتِلًا نَفْسَهُ تَقْدِيرًا لَزَوَالِ مِلْكِهِ .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا وُجِدَ فِي دَارِ الْمُكَاتَّبِ قَتِيلٌ ؛ فَهُوَ عَلَيْهِ يَسْعَى فِي الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الدِّيَةِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ وُجِدَ مَوْلَاهُ فِي دَارِ الْمُكَاتَّبِ قَتِيلًا ؛ كَانَ [٢٤٠/٨م] عَلَيْهِ الْأَقْلَ مِنْ دِيَّتِهِ وَالْقِيَمَةَ» . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمُبَاشِرِ ، وَيَلْزَمُهُ الْقِيَمَةُ بِالْمَنْعِ مِنَ الدَّفْعِ ، فَتَجِبُ الْقِيَمَةُ حَالَةً كَمَا إِذَا امْتَنَعَ الْمَوْلَى مِنَ الدَّفْعِ ، فَتَجِبُ عَلَيْهِ حَالَةً .

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته أَيْضًا: «وَلَوْ وُجِدَ الْمُكَاتَّبُ قَتِيلًا فِي دَارِ مَوْلَاهُ ؛ فَعَلَى مَوْلَاهُ قِيَمَتُهُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ ، وَلَا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ» ^(١) . إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمته أَيْضًا .

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي كِتَابِ «التَّقْرِيبِ»: «قَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته : إِذَا وُجِدَ الْمُكَاتَّبُ قَتِيلًا فِي دَارِ سَيِّدِهِ ؛ فَعَلَى السَّيِّدِ الْقِيَمَةُ فِي مَالِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ رِفَاءً ، وَلَا دَيْنَ عَلَيْهِ ؛ فَهُوَ هَدَرٌ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَدَعْ وَفَاءً ؛ فَعَلَى السَّيِّدِ الْأَقْلَ مِنَ الْقِيَمَةِ ، وَالدَّيْنُ لُغْرَمَائِهِ» .

وَقَالَ زُقَرُّ رحمته : دِيَّتُهُ هَدَرٌ ، تَرَكَ وَفَاءً أَوْ لَمْ يَتْرُكْ .

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٤٧/ داماد] .

﴿ ٤٩ ﴾ حماية البيان ﴿ ٥٠ ﴾

لأبي يُوسُفَ عليه السلام: أَنْ وَجِدَ الْقَتْلَ فِي الدَّارِ كَمَا شَرِعَ صَاحِبُهَا الْقَتْلَ ، فَكَانَ الْمَوْلَى تَتْلَهُ ، فَيَلْزِمُهُ الضَّمَانُ إِذَا كَانَ لَهُ وَفَاءٌ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَلَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً ، صَحْنِ الْأَقْلَ لِلْغَرَمَاءِ ، كَمَا لَوْ بَاشَرَ قَتْلَهُ .

لِزُكْرِهِ: أَنَّ الْمُكَاتِبَ عَبْدٌ قَبْلَ الْأَدَاءِ، وَالْعَبْدُ إِذَا وَجِدَ قَتِيلًا فِي دَرِ سَيِّدِهِ؛ فَهِيَ هَذِهِ.

وقال الكرخي رحمه الله في «مختصره»: «وإذا وجد في دار عبد مأذون له في التجارة وعيه دين، أو لا دين عليه، أو غير مأذون له، وجد في داره قتيلاً؛ فعلى عقلة مولاه القسامة [٢/٤٨٥] والدية، ولو وجد المأذون له في دار مولاه قتيلاً، فإن كان عليه دين فإن على المولى قيمته لغرمائه في ماله حالاً، وهذا بمنزلة استهلاكه إياه يعتق، ولا يكون القيمة عليه في ثلاث سنين؛ لأنه استهلكه، وقد كان يُباع في دينهم.

وكذلك لو قتلَه عمدًا فعليه قيمته حالًا ، وكذلك لو كان العبدُ جنَتي جنانيةً ،
ثم وُجدَ قتيلاً في دارٍ مولاه ؛ فعلى المولى قيمته حالًا ، وكذلك لو قتلَه المولى
خطأً ، وهو لا يَعْلَمُ بالجنانية ، فإذا كان يَعْمُ فعلية الدية .

قَالَ مُحَمَّدٌ عليه السلام: إِذَا وَجِدَ أَبُو الرَّجُلِ، أَوْ أَخُوهُ قَتِيلًا فِي دَارِهِ؛ فَإِنَّ عَاقِلَتَهُ تَعْقِلُ دِيَّةَ أَبِيهِ وَدِيَّةَ أَخِيهِ، وَإِنْ كَانَ هُوَ وَارِثُهُ؛ لِأَنَّ [٨/٥٧٤٠/م] الدِّيَّةَ لَمْ تَجِبْ لَهُ، وَإِنَّمَا وَجِبَتْ لغيره.

وَقَالَ يَسْرُ: عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته: فِي الْعَبْدِ الرَّهْنِ ، وَجَدَ فِي دَارِ الرَّاهِنِ ، أَوْ
الْمُرْتَهَنِ قَتِيلًا ، فَالذِّئْبُ عَلَى رَبِّ الدَّارِ دُونَ الْعَاقِلَةِ ^(١) ، إِلَى هَذَا لَعَطُ الْكَرْخِيِّ رحمته .

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأنسجاني رحمته الله في «شرح الكافي»: «وإذا

(١) ينظر: شرح مختصر الكرخي، للقنوري [ق/٣٤٧/داماد].

وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ، وَلَيْسَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ، وَجِدَ أَحَدُهُمَا مَذْبُوحًا.
قَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَضْمَنُ الْآخِرُ الدِّيَّةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ
قَتَلَ نَفْسَهُ^(١). وَنَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَتَلَهُ الْآخِرُ فَلَا يَضْمَنُهُ بِالشَّكِّ. وَلَا يَبِي يُونُسُ أَنَّ الظَّاهِرَ
أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَقْتُلُ نَفْسَهُ فَكَانَ التَّوَهُّمُ سَاقِطًا كَمَا إِذَا وَجِدَ قَتِيلٌ فِي مَحَلَّةٍ.

❦ قَايَةُ السِّيَال ❦

وَجِدَ الْعَبْدُ، أَوِ الْمُكَاتَّبُ، أَوِ الْمُدَّرُّ، أَوْ أُمُّ الْوَلَدِ قَتِيلًا فِي مَحَلَّةٍ؛ وَجَبَتِ الْقَسَامَةُ
وَالْقِيَمَةُ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ، لِأَنَّهُ أَدَمِيٌّ مُخْتَرَمٌ، فَوَجَبَتِ الْقَسَامَةُ فِيهِ كَمَا فِي الْأَحْرَارِ،
وَقَدْ قِيلَ: هَذَا عَلَى قَوْلِ أَبِي حَبِيبَةَ وَمُحَمَّدٍ رضي الله عنهما، وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رضي الله عنه: مَضْمُونٌ
مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ، فَلَا يَسْتَحِقُّ مِنَ التَّعْظِيمِ مَا يَسْتَحِقُّهُ الْأَحْرَارُ، بَلْ يَكُونُ حُكْمُهُ
حُكْمَ الْبِهَائِمِ.

وَالصَّحِيحُ: أَنَّ هَذَا قَوْلُ الْكَلِّ؛ لِأَنَّهُ لَا شُبْهَةَ فِي احْتِرَامِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ أَدَمِيٌّ،
وَلِهَذَا وَجَبَ بَقْيَتُهُ الْقِصَاصِ.

وَأَمَّا الدَّوَابُّ وَالْبِهَائِمُ وَالْمَرْوُضُ: فَلَا قَسَامَةَ فِيهَا؛ لِأَنَّ الْأَمْوَالَ لَيْسَتْ بِمِثْلِ
النَّفْسِ فِي الْحَرَمَةِ. وَإِنَّمَا كَتَبْتُ هَذِهِ الْمَسَائِلَ تَكَثِيرًا لِلْفَوَائِدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ كَانَا فِي بَيْتٍ، وَلَيْسَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ، وَجِدَ أَحَدُهُمَا
مَذْبُوحًا، قَالَ أَبُو يُوسُفَ رضي الله عنه: يَضْمَنُ الْآخِرُ الدِّيَّةَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رضي الله عنه: لَا يَضْمَنُ)،
أَيُّ: لَا يَضْمَنُ الْمَذْبُوحُ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ مُحْتَمِلٌ وَقَوَعُهُ مِنْهُ، وَمِنْ صَاحِبِهِ، فَلَا يَلَزِمُ
الضَّمَانُ صَاحِبَهُ بِالشَّكِّ.

وَلَا يَبِي يُونُسُ: أَنَّ الْإِنْسَانَ الْعَاقِلَ لَا يَقْصِدُ إِزْهَاقَ رُوحِهِ عَادَةً، وَوُقُوعُ الْقَتْلِ
مِنْ نَفْسِهِ وَهُمْ لَا يُتَنَفَّثُ إِلَيْهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مِثْلَ هَذَا الْوَهْمِ يَكُونُ فِي الْقَتِيلِ الْمَوْحُودِ
فِي الْمَحَلَّةِ أَيْضًا، وَمَعَ هَذَا لَا يُتَنَفَّثُ إِلَيْهِ.

(١) زاد بعده في (ط): «إذ كان التوهم».

وَلَوْ وُجِدَ قَبِيلٌ فِي قَرْيَةٍ لِامْرَأَةٍ ٢٧٩، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهَا الْقَسَامَةُ، يُكْرَرُ عَلَيْهَا الْأَيْمَانُ، وَالذِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهَا أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ إِلَيْهَا فِي النَّسَبِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: الْقَسَامَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْقَسَامَةَ إِنَّمَا تَحِبُّ عَلَى مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ النُّصْرَةِ وَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِهَا فَأَشْبَهَتْ الصَّبِيَّ.

غاية البيان

قوله: (وَلَوْ وُجِدَ قَبِيلٌ فِي قَرْيَةٍ لِامْرَأَةٍ؛ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ عليهما السلام): عَلَيْهَا الْقَسَامَةُ، يُكْرَرُ عَلَيْهَا الْأَيْمَانُ، وَالذِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهَا أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ إِلَيْهَا فِي النَّسَبِ. رَقَالَ أَبُو يُوسُفَ عليه السلام: الْقَسَامَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ أَيْضًا).

وقال الكرخي في «مختصره» عليه السلام: «قال عمرو: سألتُ مُحَمَّدًا عليه السلام: عن القَبِيلِ يُوجَدُ فِي قَرْيَةٍ امْرَأَةٌ لَا يَكُونُ فِيهَا غَيْرُهَا. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ عليه السلام: [٢٤٨٦] تُسْتَحْلَفُ، وَيُرَدَّدُ عَلَيْهَا الْأَيْمَانُ، وَعَلَى عَاقِلَتِهَا الذِّيَّةُ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ إِلَيْهَا، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ عليه السلام. وَقَالَ [٢٤١/٨] أَبُو يُوسُفَ عليه السلام: يُنْظَرُ إِلَى أَقْرَبِ الْقَبَائِلِ إِلَيْهَا، فَتَكُونُ الْقَسَامَةُ عَلَيْهِمْ، وَلَا قَسَامَةَ عَلَى الْمَرْأَةِ. قُلْتُ لِمُحَمَّدٍ عليه السلام: أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ فِي النَّسَبِ، أَوِ الْجَوَارِ؟ قَالَ: فِي النَّسَبِ»^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ عليه السلام.

وجه قول أبي يوسف عليه السلام: أَنَّ الْقَسَامَةَ إِنَّمَا تَحِبُّ عَلَى مَنْ يُحَاطَبُ بِالصَّبِيَانَةِ عِنْدَ النَّسَبِ إِلَى التَّقْصِيرِ، وَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ الصَّبِيَانَةِ، فَأَشْبَهَ الصَّبِيَّ. وَإِنَّمَا قُلْنَا: إِنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ لِضَعْفِ بَيْنَهُمَا، وَلِهَذَا لَا يَلْزَمُهُمَا الْقَسَامَةُ فِيمَا يُوجَدُ فِي الْمَحَلَّةِ.

ولهما: أَنَّ الاستحلافَ لثُهْمَةِ الْقَتْلِ، وَهِيَ مُتَحَقِّقَةٌ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ، لَا فِي حَقِّ الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَكُونُوا فِي الْقَرْيَةِ، فَيَلْزَمُهُمَا الْقَسَامَةُ.

(١) فِي «الْأَصْلِ» «عَلَيْهَا» وَابْتِغَاءً مِنَ «ف» وَ«أَرْ» وَ«أَم» وَ«وَلَا» وَ«وَلَا».

(٢) يَنْظُرُ. «شرح مختصر الكرخي» لِلْقُدُورِيِّ [ق/٣٤٧/٤] دَامَادَ.

وَلَهُمَا أَنْ الْقَسَامَةَ لِنَفْسِ التُّهْمَةِ وَتُهْمَةُ الْقَتْلِ مِنَ الْمَرْأَةِ مُتَحَقِّقَةٌ. وَذَلِكَ
الْمُتَأَخَّرُونَ: إِنَّ الْمَرْأَةَ تَدْخُلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ فِي التَّحْمِلِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ لِأَنَّ أُنْزِلَتْ
قَاتِلَةٌ وَالْقَاتِلُ يُشَارِكُ الْعَاقِلَةَ

وَلَوْ وَجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي أَرْضِ رَجُلٍ إِلَى جَانِبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحِبُ
الْأَرْضِ مِنْ أَهْلِهَا، قَالَ: هُوَ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِتَضَرُّعِ أَرْضِهِ مِنْ
أَهْلِ الْقَرْيَةِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

قَالَ مَشَايِخُنَا الْمُتَأَخَّرُونَ: إِنَّ الْمَرْأَةَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ تُشَارِكُ الْعَاقِلَةَ فِي
تَحْمِلِ الْعَقْلِ؛ لِأَنَّهُ أُنْزِلَتْ قَاتِلَةٌ تَقْدِيرًا، فَلَمَّا دَخَلَتْ فِي الْقَسَامَةِ؛ دَخَلَتْ فِي الْعَقْلِ
أَيْضًا، بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الصُّوَرِ، حَيْثُ لَا تَدْخُلُ هِيَ فِي الْقَسَامَةِ، بَلْ تَجِبُ عَلَى
الرَّجَالِ، فَلَا تَدْخُلُ فِي الْعَقْلِ أَبْصًا.

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ: قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ مَعَ [قَوْلِ] ^(١) مُحَمَّدٍ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ
فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٢)، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ الْكَرْنِي فِي «مَخْتَصَرِهِ» أَيْضًا، وَلَمْ يَذْكُرْ فِي «الْأَصْلِ» قَوْلَ أَبِي
حَنِيفَةَ أَصْلًا، بَلْ ذَكَرَ الْخِلَافَ بَيْنَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ وَجِدَ رَجُلٌ قَتِيلًا فِي أَرْضِ رَجُلٍ إِلَى جَانِبِ قَرْيَةٍ لَيْسَ صَاحِبُ
الْأَرْضِ مِنْ أَهْلِهَا، قَالَ: هُوَ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ).

وَقَدْ ذَكَرَ الْكَرْنِيُّ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فِي «مَخْتَصَرِهِ» هَكَذَا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحِفْظَ
وَالْتَدْبِيرَ فِي الْأَرْضِ إِلَى صَاحِبِ الْأَرْضِ لَا إِلَى أَهْلِ الْقَرْيَةِ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ نَصْرَةُ
الْأَرْضِ عَنْ وَفْعِ فَسَادِ الْعَتَلِ، فَإِذَا وَقَعَ الْقَتْلُ يُنْسَبُ ذَلِكَ إِلَى تَقْصِيرِهِ فِي الْحِفْظِ،
فَيُنْزَلُ قَاتِلًا تَقْدِيرًا، فَيَجِبُ [عَلَيْهِ] ^(٣) الْقَسَامَةُ وَالْدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ^(٤).

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «٢٢»، «٢٣»، «٢٤»، «٢٥»، «٢٦»، «٢٧»، «٢٨»، «٢٩»، «٣٠».

(٢) ينظر «مختصر الطحاوي» [ص/٢٤٨ - ٢٤٩].

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «٢٢»، «٢٣»، «٢٤»، «٢٥»، «٢٦»، «٢٧»، «٢٨»، «٢٩»، «٣٠».

(٤) ينظر «شرح مختصر الكرنخي» للقدوري [ق/٣٤٧ / داماد].

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأنسنجابي رحمته الله في «شرح الكافي»: «القرية إذا كانت لرجل من أهل الذمة؛ فإنه تكرر عليه الأيمان؛ لأنه من أهل القسامة والقرية في صيانتها، فيكون موجب التقصير عليه وعليه الدية؛ لأنه لا عاقلة له حتى لو كان له عاقلة تعجب عنهم، ولو كان الذمي مازلاً في قبيلة من القبائل، فوجد فيها قتيل، ثم يدخل الذمي في القسامة، ولا في العزم؛ لأنه تابع [٤١/٨ ط ٢ م] لأهل القرية، وكذلك السكان والنوارل فيها من غيرهم؛ لأنهم أتباع».

وقال شيخ الإسلام أيضاً رحمته الله: «ولو وجد اقتيل في قرية اليتامى وهم صغار، يس في تلك البلدة من عشيرتهم أحد؛ فالقسامة والدية على عاقبة اليتامى؛ لأنهم يسوا من أهل الصيانة، فينزم ذلك عاقلتهم، وعاقلتهم أقرب القبائل [٤٨٦/٢ د] إليهم إذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم، وإن كان فيهم مدرك فعليه القسامة، ويكرر عليه اليمين؛ لأنه من أهل ذلك، وعلى أقرب القبائل منهم الدية في الوجهين إذا لم يكن في تلك البلدة عشيرتهم». كذا في «شرح الكافي».

وكتبت هذه المسائل كثيراً للفوائد.

والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

[وهذا آخرُ الدفترِ العشرين من الشرح الذي سمي به:

«غَايَةُ الْبَيَانِ فِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ»^(١).



(١) ما بين المحققتين: زيادة من «ل».



كتب المعافل

قال المعافل جَمَعَ مَعْقَلَةً، وَهِيَ الدِّيَّةُ، وَتُسَمَّى الدِّيَّةُ عَقْلًا لِأَنَّهَا تَعْقِلُ الدَّمَاءَ مِنْ أَنْ تُسْفَكَ: أَيِ تُمْسِكَ.

﴿مُحَاوَلَةُ الْبَيَانِ﴾

كِتَابُ الْمَعَاقِلِ

قَالَ الْمُؤَلِّفُ رحمته: لَمَّا كَانَ مُوجِبُ الْقَتْلِ خَطَأً، وَمَا فِي مَعْنَاهِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ: شَرَعَ فِي بَيَانِ ذَلِكَ.

وَالْمَعَاقِلُ: جَمَعَ مَعْقَلَةٍ، بِفَتْحِ اِسْمِهِ وَضَمِّ الْقَافِ، وَهِيَ الْعَقْلُ. أَيِ: الدِّيَّةُ، وَتُسَمَّى الدِّيَّةُ عَقْلًا وَمَعْقَلَةً؛ لِأَنَّ إِبِلَ الدِّيَّاتِ كَانَتْ تُعْقَلُ بِضَاوٍ وَبِئِى الْمَقْتُولِ، ثُمَّ هَذَا الْاسْمُ عَمٌّ، فَتُسَمَّى الدِّيَّةُ: مَعْقَلَةً وَإِنْ كَانَتْ دِرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ.

وَقِيلَ: إِنَّمَا سُمِّيَتْ بِالْمَعْقَلَةِ؛ لِأَنَّهَا تَعْقِلُ الدَّمَاءَ عَنْ أَنْ تُسْفَكَ.

وَمَعَاقِلُ الْجِبَالِ: الْمَوَاضِعُ الْمَنِيعَةُ فِيهَا، وَالْمَعْقِلُ مِنَ الْجِبَلِ. حَيْثُ يُمْتَنَعُ^(١) فِيهِ.

وَيُقَالُ: عَقَلَ الدَّوَاءُ بَطْنَهُ يَعْقُلُهُ عَقْلًا: إِذَا أَمْسَكَهُ، وَعَقَلَ الْوَعِلُ فِي الْجَبَلِ: إِذَا عَلَا فِيهِ وَامْتَنَعَ، يَعْقِلُ عُقُولًا.

وَسُمِّيَتْ آلَةُ الْإِدْرَاكِ عَقْلًا لِهَذَا^(٢) الْمَعْنَى أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ يَمْتَنَعُ مِنَ السَّقَةِ وَلِهَوًى، وَالْعَاقِلَةُ الَّذِينَ يُقَسَّمُ عَلَيْهِمْ دِيَّةُ الْقَتْلِ خَطَأً، وَهُمْ أَصْحَابُ الدِّيَّانِ، أَوْ^(٣) الْعَشِيرَةُ، فِيهِ اخْتِلَافٌ يَجِيءُ بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(١) فِي الْأَصْلِ: «يَمْتَنَعُ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «فأ»، «وأن»، «وأن»، «وأن»، «وأن»، «وأن».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «لَوْلِهَذَا»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «فأ»، «وأن»، «وأن»، «وأن»، «وأن»، «وأن».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «أَوْ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «فأ»، «وأن»، «وأن»، «وأن»، «وأن»، «وأن».

قال والدِّيةُ في شبه العمد والخطأ، وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة الذين يفعلون بعني يؤدّون العقل وهو الدِّية، وقد ذكرته في الدِّيات

﴿عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ﴾

ثم الدِّية مشروعة بالكتاب العزيز: نحو قوله تعالى ﴿فَدْيَةٌ مُسْلَمَةٌ﴾ (أنهية) [السورة ٩٢]، والثَّابِتُ بحوِّ قوله ﷺ: «فِي نَفْسِ الْمُؤْمِنِ مَنَّةٌ مِنَ الْإِبْلِ» .
وبحسب الأئمة، لأنه انعقد إجماعهم على ذلك، ولا مُتَكِرَ لمُشْرُوعِيَّتِهِ أَصْلًا.

ووجوبها على العاقلة بحديث حمَلِ بْنِ مَالِكٍ، وهو ما رَوَى صَاحِبُ «السُّنَنِ» وغيره: مُسْنَدًا إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «اقتُلت امرأتان من هُدَيل، فَوَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا، فَأَحْضَمُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ [٨/٢٤٢ م]، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَدِيَّةَ جَنِينِهَا عَبْدًا، أَوْ وَلِيدَةً، وَقَصَى بَدِيَّةَ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا، وَوَرَّثَهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ. فَقَالَ حَمَلُ بْنُ النَّابِغَةِ الْهُذَلِي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَيْفَ أَعَزُّ مَنْ لَا أَكَلَ، وَلَا شَرِبَ، وَلَا نَطَقَ، وَلَا اسْتَهْلَ، فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطْلَقُ؟» فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُفَّانِ». مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ» (١).

قوله: (قال: والدِّيةُ في شبه العمد والخطأ، وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة)، أي: قال القُدُورِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «مُخْتَصَرِهِ» (٢).

وقوله: (وكل دية وجبت)، مبتدأ، وإن كان نكرة؛ لأنه تَخَصُّصٌ (٣) بصفة،
وقوله: (على العاقلة)، خبره.

ومعنى قوله: (وجبت بنفس القتل)، أي: ابتداءً، وهو احتراز عما وجبت

(١) هذا جزء من حديث عمرو بن حزم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وقد مضى تخريجه.

(٢) يقال: طَلَّ دُمُهُ، وَأَطْلَّ؛ إِذَا أَهْدَرَهُ. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لأبي الأثير [١٣٦/٣] مادة: طَلَّ.

(٣) مضى تخريجه.

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٩٤].

(٥) في الأصل: «تخصيص»، والمثبت من: «٢٧»، و«م»، و«ار».

وَالْأَضْلُ فِي وَحْوِهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ قَوْلُهُ - [١] - فِي حَدِيثِ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ
بِالْوَلْبَاءِ «قَرُمُوا قَدُوهُ» وَلِأَنَّ النَّفْسَ مُحْتَرَمَةً لَا وَحْهَ لِنِ الْإِهْدَارِ وَالْخَاطِئِ

غاية البيان

أَمَّا فِي ثَانِي الْحَالِ لَا بَتْدَاءَ، كَمَا إِذَا قُتِلَ الْأَبُ ابْنُ [٢] ٨٦٧ ط، حَيْثُ يَكُونُ مُوَحَّبٌ
بِمَنْ الْقِصَاصُ ابْتِدَاءً، وَلَكِنَّهُ يُشَقِّطُ ذَلِكَ إِلَى الدِّيَةِ بِشَهَةِ الْأَبَوَةِ، فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي
مَالِ الْأَبِ لَا عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَكَذَا إِذَا وَحِّبَتِ الدِّيَةُ صَلَاحًا عَنِ الْعَمْدِ؛ يَجِبُ ذَلِكَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ حَالَةً إِلَّا
بِأَنْ شَرِطَ التَّأْجِيلُ، بِخِلَافِ مَا يَجِبُ عَلَى الْأَبِ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ.

وَأَمَّا رَجَبَتْ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِحَدِيثِ حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ بْنِ النَّبِغَةِ، وَلِأَنَّ الْخَاطِئَ
مُعَذَّرٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْقَتْلَ، وَكَذَا الَّذِي بَاشَرَ شَبَهَ الْعَمْدِ؛ لِأَنَّ الْآلَةَ لَيْسَتْ بِمَوْضُوعَةٍ
بِقَتْلِ، فَكَانَ فِي مَعْنَى الْخَطَا، فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يُمْكِنْ إِحْبَاطُ الْقِصَاصِ.

وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِهْدَارِ الدِّمِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْإِسْلَامِ دَمٌ مُهَذَّرٌ^(١)، فَوَجِبَتْ
الدِّيَةُ، وَكَانَ الدِّيَةُ مَالٌ عَظِيمٌ يَحْصُلُ بِهِ الْإِجْحَافُ إِذَا وَجِبَ عَلَى الْقَاتِلِ خَاصَّةً،
وَالْخَاطِئُ يَسْحَقُ التَّخْفِيفَ؛ لِعَدَمِ قَصْدِهِ فِي نَفْسِ الْأَمْرِ، أَوْ نَظَرًا إِلَى الْآلَةِ كَمَا فِي
شَبَهِ الْعَمْدِ، فَصَحَّتِ الْعَاقِلَةُ لِمَنِ الْقَاتِلُ فِي أَداءِ الدِّيَةِ تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ، وَإِنَّمَا خُصَّتْ
لِعَاقِلَةٍ بِالصَّمِّ دُونَ غَيْرِهِمْ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْعَاقِلَةِ مَعْنَى التَّنَاضُرِ، وَهُمْ لَمَّا تَرَكُوا
مُرَاقَبَتَهُ الْوَاجِبَةَ^(٢) عَلَيْهِمْ؛ صَارُوا كَأَنَّهُمْ هُمُ الْقَاتِلُونَ تَقْدِيرًا، فَوَجِبَتْ عَلَيْهِمُ الدِّيَةُ.

قَوْلُهُ: (حَمَلِ بْنِ مَالِكٍ)، هُوَ بِالْحَاءِ الْمَهْمَلَةِ وَالْمِيمِ الْمَفْتُوحَتَيْنِ، حَمَلِ بْنِ
مَالِكٍ بْنِ النَّبِغَةِ الْهُدَلِيِّ، أَسْلَمَ ثُمَّ رَجَعَ إِلَى [٣] ٧٠٨ ط/م بِبِلَادِ قَوْمِهِ، ثُمَّ تَحَوَّلَ إِلَى
الْبَصْرَةِ، وَابْتَنَى بِهَا بَيْتًا فِي هَذِيلٍ، ثُمَّ صَارَتْ [دَارُهُ] ^(٤) بَعْدَ لُعْمَرَ بْنِ مَهْرَانَ

(١) فِي الْأَصْلِ: مُهَذَّرٌ، وَالْمَعْنَى مِنْ [٤] ٢٢٨، وَاللَّامُ وَالْعَيْنُ، وَالْمِيمُ وَالرَّاءُ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: الْوَاجِبُ، وَالْمَعْنَى مِنْ [٥] ٢٢٨، وَاللَّامُ وَالْعَيْنُ، وَالْمِيمُ وَالرَّاءُ.

(٣) مَا بَيْنَ الْمُعَقَّقَيْنِ: رِيَادَةٌ مِنْ: [٦] ٢٢٨، وَالْعَيْنُ وَالْمِيمُ وَالرَّاءُ.

وَقَالَ لِسَافِعِي: الدِّيَّةُ عَلَى أَهْلِ الْعَشِيرَةِ لِأَنَّهُ كَانَ كَذَلِكَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ
اللَّهِ ﷺ. وَلَا تَسْخُ نَعْدُهُ وَلِأَنَّهُ صِلَةٌ وَالْأُولَى بِهَا الْأَقَارِبُ. [٣٧٩ ط]

غاية البعد

لرَّايَاتِ، وَهُمْ الْجَيْشُ الَّذِينَ كُتِبَ أَسْمَايُهُمْ وَأَرْزُ قُهُمْ فِي الدِّيَّانِ، فَمَنْ كَانَ مِنْ
أَهْلِ الدِّيَّانِ؛ فَعَقَلَهُ عَلَيْهِمْ إِذَا حَتَّى، وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ: إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ
الْبَادِيَةِ؛ فَعَقَلَهُ عَلَى أَقْرَبِ الْقِبَائِلِ إِلَيْهِ نَسَبًا.

وَلِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْمِضَرِّ: إِنْ كَانَ لَهُ أَقْرَبَاءُ وَعَشِيرَةٌ؛ يُقْضَى عَلَيْهِمْ، وَإِنْ لَمْ
يَكُنْ؛ اخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ فِيهِ.

بَعْضُهُمْ قَالَ: يَجِبُ فِي مَالِهِ.

وَبَعْضُهُمْ قَالَ: يَجِبُ عَلَى أَهْلِ حِرْفَتِهِ.

وَبَعْضُهُمْ قَالَ: عَلَى جِيرَانِهِ.

وَبَعْضُهُمْ قَالَ: يَجِبُ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ ظَهْرَانِيهِمْ.

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ ﷺ فِي «الْكَافِي»: «بَلَّغْنَا [٤٨٧/٣] عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّهُ قَرَضَ الْمَعَاقِلَ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ مَنْ قَرَضَ الدِّيَّانَ
وَجَعَلَ الْعَقْلَ فِيهِ، وَكَانَ الْعَقْلُ قَبْلَ ذَلِكَ عَلَى عَشِيرَةِ الرَّحْلِ فِي أَمْوَالِهِمْ، وَلَمْ تَكُنْ
ذَلِكَ مِنْهُ تَغْيِيرٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ، بَلْ تَقْرِيرًا لَهُ؛ لِأَنَّهُ عَرَفَ أَنَّ عَشِيرَتَهُ كَانُوا يَتَحَمَّلُونَ
بِطَرِيقِ النُّصْرَةِ، فَلَمَّا كَانَ التَّنَاصُرُ بِالرَّايَاتِ؛ جُعِلَ الْعَقْلُ عَلَيْهِمْ، وَلِهَذَا أَوْجَبَ عَلَى
الْمُقَاتِلَةِ مِنْ أَهْلِ الدِّيَّانِ، حَتَّى لَا يَجِبَ عَلَى لَسْرَانٍ وَالضُّبْيَانِ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَخْصُلُ
بِهِمُ التَّنَاصُرُ»

وَعَنِ الْمَعْرُورِ بْنِ سُوَيْدٍ قَالَ: قَرَضَ [٢١٢٤٢/٨] عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الدِّيَّةَ
تَوَحَّدَ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ، وَالنِّصْفُ فِي سَنَتَيْنِ، وَمَا دُونَ الثُّلُثِ فِي سَنَةٍ، وَبِهِ يَقُولُ،
وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الدِّيَّةَ فِي عَطَايِهِمُ الثُّلُثَ، وَكَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ عَطَاءً

.....
 نهاية البيه

واحد^(١)، كذا في «شرح الكافي».

وقال محمد بن عيسى في كتاب «الآثار»: «عن أبي حنيفة عليه السلام عن حماد عن إبراهيم عليه السلام: «وما كان من جراحات الخطأ؛ فعلى العاقلة على أهل الديوان، إن بلغت الجراحة ثلثي الدية؛ ففي عامين، وإن كان استصف في عامين، وإن كان الثلث ففي عام، وذلك كله على أهل الديوان. قال محمد بن عيسى: «وبه أخذ، وذلك في أعطية المقابلة دون أعطية الذرية والنساء، وهو قول أبي حنيفة عليه السلام»^(٢). إلى هنا لفظ كتاب «الآثار».

وعند الشافعي عليه السلام: «الدية على العصابات، ولا يلزم أهل الديوان شيء إلا أن يكوئوا من أهل السب»^(٣).

وقال مالك: «العاقلة هم العصابة قربوا أو بعثوا»^(٤)، وهو مذهب أحمد أيضاً عليه السلام^(٥)، لأنه يس بين أهل الديوان والقتل ولأد ولا تعصيب، فصاروا كالأحباب ولنا: أن عمر عليه السلام فرض الدية على أهل الديوان، ولم ينكر عليه أحد من المهاجرين والأنصار، فحل محل الإجماع.

فإن قيل: كانت الدية في زمن النبي عليه السلام وزمن أبي بكر عليه السلام على القبيلة، وكان ذلك من عمر تغييراً له، فلا يجوز؟

(١) ينظر: «الكافي» للمحكم الشهيد [٥٣٨/ق].

(٢) ينظر: «الآثار» لمحمد بن الحسن [٤٩٧/٢] طبعة: دار النوادر.

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» لمصطفى [٣٤٦/١٢]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» لمصطفى [١٩٤/٧]. و«نجم الوهاج في شرح المهاج» للثميني [٥٦٣/٨].

(٤) ينظر: «التمريع» لابن الجلاب [١٩٦/٢]. و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [١١٠٦/٢].

(٥) ينظر: «مختصر بحرقه» [١٢٧/ص]، و«الكافي في فقه الإمام أحمد» لابن قدامة [٤٠/٤].

.....
 غايه لسان

قُلْنَا: لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ تَغْيِيرٌ، بَلْ هُوَ تَقْرِيرٌ؛ لِأَنَّهُ تَحَمَّلَ الدِّيَّةَ كَانَ بِالتَّنَاصُرِ بِالْقَبِيلَةِ، وَلَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ دِيْوَانٌ فَلَمَّا دُوِّنَ الدَّوَاوِينُ؛ صَارَ التَّنَاصُرُ بِالدَّوَاوِينِ، مَكَانَ الدِّيَّةِ عَلَى أَهْلِ الدِّيْوَانِ لِمَعْنَى التَّنَاصُرِ، وَلَيْسَ أَهْلُ الدِّيْوَانِ كَسَائِرِ الْأَجَانِبِ؛ لِأَنَّهُ سَائِرُ الْأَجَانِبِ لَيْسُوا جِهَةً لِلنُّصْرَةِ.

رَسَّالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ رحمته الله فِي هَذَا الْمَقَامِ سُؤَالَ، ثُمَّ أَحَاتَ عَنْهُ فِي «شَرْحِهِ لِلطَّحَاوِيِّ» رحمته الله، فَقَالَ:

«إِن قَاتَلَ قَاتِلٌ الْمُسْلِمُونَ كُلَّهُمْ يَدٌ وَاحِدَةً عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ، وَعَلَى بَعْضِهِمْ نُصْرَةٌ بَعْضٍ إِذَا احتَاجَ إِلَيْهِ، فَمَا مَعْنَى قَوْلِكُمْ: إِنَّ الْعَقْلَ عَلَى التَّنَاصُرِ؟

قِيلَ لَهُ: إِنْ عُمَرَ رحمته الله لَمَّا دُوِّنَ الدَّوَاوِينُ [٣٨٧/٤ ط]؛ جَعَلَ أَهْلَ كُلِّ دِيْوَانٍ يَدًا وَاحِدَةً فِي نُصْرَةِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ فِي [٨/٢٤٣ ط/م] الْقِتَالِ، وَالْعَزْوِ، وَحِفْظِ الْحَرِيمِ، وَسَدِّ الثُّغْرِ وَنَحْوِ ذَلِكَ مِنَ الْأُمُورِ الَّتِي تَذَمُّهُمْ، فَيَحْتَاجُونَ فِيهَا إِلَى التَّنَاصُرِ، فَكَانَ الرَّجُلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيْوَانِ يَنْصُرُ أَهْلَ دِيْوَانِهِ أَخَصَّ مِمَّنْ لَا دِيْوَانَ لَهُ مَعَهُ^(١)، قَرَابَةً كَانَ، أَوْ غَيْرَ قَرَابَةٍ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ تَمَيَّرُوا بِالدَّوَاوِينِ، فَقَبِلَ: تَمَيُّمُ الْكُوفَةِ، وَتَمَيُّمُ الْبَصْرَةِ، وَضَبَّةُ الْكُوفَةِ، وَضَبَّةُ الْبَصْرَةِ، فَكَانَتْ تَمَيُّمُ قَبِيلَةٍ وَاحِدَةٍ فِي الْأَصْلِ، ثُمَّ تَمَيَّرُوا بِاخْتِلَافِ دَوَاوِينِهِمْ وَأَعْطَاهُم، فَكَانَ أَهْلُ دِيْوَانِ الْبَصْرَةِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِنُصْرَةِ بَعْضٍ مِنْ غَيْرِهِمْ، وَكَذَلِكَ أَهْلُ سَائِرِ الدَّوَاوِينِ^(٢).

قَالَ فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ»: «ثُمَّ الدِّيَّةُ فِي الْخَطِائِ تَحْمَلُهَا الْعَاقِلَةُ، وَالْعَاقِلَةُ

(١) فِي الْأَصْلِ «مَعَ»، وَالتَّحْتِ مِنْ «ذ»، وَ«ع»، وَ«فَا»، وَ«م»، وَ«ر».

(٢) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ» لِلْجَمْعِ ص [٤١٣/٥ - ٤١٤].

وَلَنَا قَضِيَّةٌ عُمَرُ - عليه السلام - فَإِنَّهُ لَمَّا دَوَّنَ الدَّوَاوِينَ جَعَلَ الْعَقْلَ عَلَى أَهْلِ
الدِّيَوَانِ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - عليهم السلام - مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ مِنْهُمْ، وَلَيْسَ

غاية البَيِّنَاتِ

أَهْلُ الدِّيَوَانِ إِنَّ^(١) كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيَوَانِ، وَتُحْمَلُ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ؛ لِأَنَّ لَهُمْ
فِي كُلِّ سَنَةٍ عَطَاءً، فَيُؤْخَذُ فِي ثَلَاثِ عَطَايَا، وَإِنْ تَعَجَّلَتِ الْعَطَايَا الثَّلَاثُ فِي سَنَةٍ
وَاحِدَةٍ؛ تُؤْخَذُ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ أَيْضًا، وَإِنْ تَأَخَّرَ خُرُوجُ الْعَطَاءِ تُؤَخَّرُ أَيْضًا.

وَإِنَّمَا تُؤْخَذُ مِنَ الرِّجَالِ، وَلَا تُؤْخَذُ مِنَ النِّسَاءِ، وَلَا مِنَ الْعَبِيدِ [وَالْإِمَاءِ]^(٢)
وَالصَّبِيانِ، وَتُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ رَجُلٍ ثَلَاثَةُ دِرَاهِمٍ أَوْ أَرْبَعَةُ دِرَاهِمٍ، وَلَا يُؤْخَذُ أَكْثَرُ مِنْ
ذَلِكَ، وَلَكِنْ يُؤْخَذُ فِي كُلِّ سَنَةٍ دِرْهَمٌ، أَوْ دَرَاهِمَانِ، أَوْ ثَلَاثَةٌ، هَذَا إِذَا كَانَ الرَّجُلُ
مِنْ أَهْلِ الدِّيَوَانِ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الدِّيَوَانِ، فَعَقِلْتُهُ أَنْصَارُهُ، فَإِنْ كَانَ نُصْرَتُهُ بِالْمَحَالِّ
وَالدُّرُوبِ؛ يُحْمَلُ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ كَانَ نُصْرَتُهُ بِالْحِرَافِ؛ فَعَقِلْتُهُ الْمُخْتَرِفُونَ الَّذِينَ هُمْ
أَنْصَارُهُ، كَالْقَصَّارِينَ وَالصَّفَّارِينَ بِسَمَرْقَنْدَ، وَالْأَسَافِيَّةَ بِأَسْبِيجَابَ.

فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ مِنَ الرِّجَالِ مَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَرْبَعَةُ دِرَاهِمٍ، وَلَكِنْ
يُؤْخَذُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ؛ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ، وَلَكِنْ يُضَمُّ أَقْرَبُ الْمَحَالِّ إِلَيْهِمْ حَتَّى يَكُونَ
عَلَى كُلِّ رَجُلٍ مِنْهُمْ ثَلَاثَةٌ أَوْ أَرْبَعَةٌ، وَالْقَاتِلُ يَكُونُ وَاحِدًا مِنَ الْعَاقِلَةِ حَتَّى يُؤْخَذَ
مَعَهُ كَمَا يُؤْخَذُ مِنَ الْعَاقِلَةِ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعَقْلِ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ بِالْغَا حَرًّا صَحِيحَ
الْعَقْلِ، هَذَا كُلُّهُ إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ عَاقِلَةٌ.

فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ [٨، ٩، ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤، ١٥، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١، ٣٢، ٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ٣٩، ٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧، ٤٨، ٤٩، ٥٠، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤، ٥٥، ٥٦، ٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠، ٦١، ٦٢، ٦٣، ٦٤، ٦٥، ٦٦، ٦٧، ٦٨، ٦٩، ٧٠، ٧١، ٧٢، ٧٣، ٧٤، ٧٥، ٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩، ٨٠، ٨١، ٨٢، ٨٣، ٨٤، ٨٥، ٨٦، ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦، ٩٧، ٩٨، ٩٩، ١٠٠، ١٠١، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، ١١٧، ١١٨، ١١٩، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١، ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، ١٤٩، ١٥٠، ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥،

ذَلِكَ بِسَنَخِ بَلْ هُوَ تَقْرِيرٌ مَعْنَى لِأَنَّ الْعَقْلَ كَانَ عَلَى أَهْلِ النُّصْرَةِ وَقَدْ كَانَتْ بِأَنْوَاعٍ: بِالْقَرَابَةِ وَالْحِلْفِ وَالْوَلَاءِ وَالْعَدِّ.

وَفِي عَهْدٍ عُمَرَ قَدْ صَارَتْ بِالذِّيَوَانِ فَجَعَلَهَا عَلَى أَهْلِ اتِّبَاعِهَا لِلْمَعْنَى وَلِهَذَا قَالُوا: لَوْ كَانَ الْيَوْمَ قَوْمٌ تَنَاصَرُوهُمْ بِالْحِرْفِ فَعَاقَلْتَهُمْ أَهْلُ الْحِرْفَةِ، وَإِنْ كَانَ بِالْحِلْفِ فَأَهْلُهُ وَالذِّيَّةُ صِلَةٌ.....

حاشية البيان

وَرُوِيَ [عَنْ] ^(١) مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّهُ يَجِبُ فِي مَالِهِ، وَلَا يَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ هَذَا إِذَا أَسْلَمَ وَلَمْ يُوَالَ أَحَدًا، فَأَمَّا إِذَا عَاقَدَ ^(٢) أَحَدًا عَقْدَ الْوَلَاءِ؛ فَجَنَابَتُهُ عَلَى الْمَوْلَى الَّذِي وَالَاهُ، فَلَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بَوْلَايِهِ إِلَى غَيْرِهِ مَا لَمْ يَغْقِلْ عَنْهُ، فَإِذَا عَقَلَ عَنْهُ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَحَوَّلَ ^(٣)، وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يُوَالَ أَحَدًا حَتَّى عَقَلَ عَنْهُ بَيْتُ الْمَالِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُوَالَيَ أَحَدًا بَعْدَ ذَلِكَ ^(٤)، إِلَى هَذَا لَفْظُ «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ».

وَالْأَعْطِيَّاتُ: جَمْعُ: أَعْطِيَّةٍ، جَمْعُ: عَطَاءٍ؛ لِأَنَّ جَمْعَ الْقِلَّةِ يَجُوزُ جَمْعُهُ، وَالْعَطَاءُ اسْمٌ مَا يُعْطَى، وَالْمُرَادُ مِنْهُ: مَا يُفْرَضُ وَيُعْطَى لِلْمُقَابِلَةِ فِي كُلِّ سَنَةٍ. قَوْلُهُ: (وَالْحِلْفُ وَالْوَلَاءُ وَالْعَدُّ).

وَالْحِلْفُ - بِكَسْرِ الْحَاءِ وَسُكُونِ اللَّامِ -: الْعَهْدُ، وَالْمُرَادُ بِهِ: وَلَائُ الْمُوَالَاةِ. وَالْمُرَادُ مِنْهُ مِنْ قَوْلِهِ: (وَالْوَلَاءُ)، وَلَائُ الْعِتَاقَةِ.

وَالْمُرَادُ مِنْ: (الْعَدُّ)، أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ مَعْدُودًا مِنَ الْقَوْمِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ قَبِيلَتِهِمْ، يُقَالُ: فُلَانٌ عَدِيدٌ بَنِي فُلَانٍ.

(١) ما بين المعقوفين، زيادة من: «ن»، «و»، «خ»، «و»، «ف»، «م»، «و»، «ر».

(٢) في الأصل: «عاقل»، والمثبت من: «ن»، «ع»، «و»، «ف»، «م»، «و»، «ر».

(٣) في الأصل: «يحول»، والمثبت من: «ن»، «و»، «خ»، «و»، «ف»، «م»، «و»، «ر».

(٤) يطر: «لشرح مختصر الطحاوي» للأشبهيني [ق/٣٦٧].

كما قال، لَكِنْ إِيْجَابَهَا فِيمَا هُوَ صِلَةٌ وَهُوَ الْعَطَاءُ أَوْلَى مِنْهُ فِي أَصُولِ أَمْوَالِهِمْ.
والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي ﷺ وَمَخِيٍّ عَنْ عُمَرَ، وَلِأَنَّ

هَاجَةُ الْبَهَائِ

قوله: (كما قال)، أي: الشافعي رحمه الله^(١).

قوله: (أولى منه)، أي: من إيجاب الدية. يعني: أن إيجاب الدية في إعطاء
الذي هو صلة أولى من الإيجاب ٤٨٨/٣١ في أصول أموالهم.

قوله: (والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي ﷺ)، أي: تقدير الدية في
الخطأ بالتأجيل إلى ثلاث سنين.

قال الحاكم: وقد رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: أَنَّهُ حَقَّ دِيَّةُ الْخَطَا عَلَى الْعَاقِلَةِ
فِي ثَلَاثِ سِنِينَ^(٢) وقد ذكرنا عن عمر رضي الله عنه قبل هذا: أَنَّهُ فَرَضَ كَذَلِكَ^(٣).

ولأن الدية مالٌ عظيم، والمخطئ معذور، فيجب أن يلزم العاقلة وإيَّاه على
وجه لا حرج فيه، ولهذا يُوزَعُ عليهم على وجه يُصِيبُ كُلَّ رَجُلٍ مِنَ الدِّيَةِ ثَلَاثَةُ
دِرَاهِمٍ، أَوْ أَرْبَعَةُ دِرَاهِمٍ تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ.

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٤١/١٢]، و«العبر شرح الوحي» للرافعي [١٦٤/١٠].

(٢) قال ابن أبي العز: «لَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ مَرْفُوعًا إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، وَإِنَّمَا ثَبُتَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وَلَا يُعْرَفُ
لَهُمَا مُخَالَفٌ». وقال ابن حجر: «روى البيهقي من طريق الشافعي أنه قال: «جُدَا عَامًا فِي أَهْلِ
الْعِلْمِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَصَّلَ فِي جَنَابَةِ الْحَرِّ الْمَسْمُومِ عَلَى الْحَرِّ حَطًّا مِنْهُ مِنَ الْإِبْلِ عَلَى عَاقِلَةِ
الْجَنَانِ، وَعَامًّا فِيهِمْ أَيْضًا أَنَّهُ تَمَضَى لثَلَاثِ سِنِينَ، فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَلَاثُهَا وَيَأْسَانُ مَعْلُومَةٌ». وقال ابن
السدر: «مَا ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ لَا يُعْرَفُ لَهُ أَصْلٌ مِنْ كِتَابٍ وَلَا سُنَّةٍ وَسُئِلَ عَنْهُ أَحْمَدُ بْنُ حَبِيلٍ فَقَالَ:
لَا أَعْرِفُ فِيهِ شَيْئًا فَقِيلَ لَهُ: إِنَّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ رَوَاهُ عَنْ لِسِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَقَالَ لَعَنَهُ سَمِعَهُ مِنْ ذَلِكَ الْمَدَنِيِّ،
فَإِنَّهُ كَانَ حَسَنَ الظَّنِّ بِهِ، يَعْنِي إِبْرَاهِيمَ بْنَ أَبِي يَحْيَى». قال الرافعي: «التأجيل لم يرد به خبر عن
رسول الله ﷺ، وإنما أخذ ذلك من إجماع الصحابة». ينظر: «النسبة على مشكلات الهداية» لابن
أبي العز [٩٣٢/٥] و«التلخيص لحبير» لابن حجر [٢٦٦٠/٥]

(٣) معنى لخرجه.

الْأَخَذَ مِنَ الْعَطَايَا لِلتَّخْفِيفِ وَالْعَطَاءُ بِخُرْجٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً فَإِنْ خَرَجَتْ الْعَطَايَا فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثٍ، أَوْ أَقَلَّ، أَخَذَ مِنْهَا؛ لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ وَتَأْوِيلُهُ إِذَا كَانَتْ الْعَطَايَا لِلْسِّنِينَ الْمُسْتَقْبَلَةِ بَعْدَ الْقَضَاءِ، حَتَّى لَوْ اجْتَمَعَتْ فِي السِّنِينَ الْمَاضِيَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ ثُمَّ خَرَجَتْ بَعْدَ الْقَضَاءِ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا لِأَنَّ الْوُجُوبَ بِالْقَضَاءِ

شأنه البهارة

وَعَنْ إِبْرَاهِيمَ عليه السلام فِي دِيَّةِ الْخَطَا وَشِبْهِ الْعَمْدِ فِي النَّفْسِ: عَلَى الْعَاقِلَةِ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ فِي ثَلَاثَةِ أَعْوَامٍ، فِي كُلِّ سَنَةٍ الثَّلَاثُ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ خَرَجَتْ الْعَطَايَا فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثٍ، أَوْ أَقَلَّ، أَخَذَ مِنْهَا)، ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ عليه السلام هَكَذَا فِي «الْمَخْتَصَرِ»^(١)، يَعْنِي: أَنَّ الدِّيَّةَ [٥٢٤/٨ م] تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَلَكِنْ إِذَا خَرَجَتْ الْعَطَايَا فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ؛ تُؤْخَذُ الدِّيَّةُ مِنْهُمْ فِي أَكْثَرِ مِنْ ثَلَاثِ سِنِينَ، حَتَّى إِذَا خَرَجَتْ عَطَايَاهُمُ الثَّلَاثُ فِي سِتِّ سِنِينَ؛ تُؤْخَذُ الدِّيَّةُ مِنْهُمْ فِي كُلِّ سَنَةِ السُّدُسِ، وَإِذَا خَرَجَتْ عَطَايَاهُمُ [الثَّلَاثُ]^(٢) فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ؛ يُؤْخَذُ جَمِيعُ الدِّيَّةِ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ وَجُوبَهَا فِي الْعَطَايَا، وَقَدْ^(٣) حَصَلَتْ.

وَالْمَرَادُ مِنَ الْعَطَايَا: هِيَ الْعَطَايَا الْمَفْرُوضَةُ لِلْسِّنِينَ الْمُسْتَقْبَلَةِ، لَا لِلْسِّنِينَ الْمَاضِيَةِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ عَطَايَا السِّنِينَ الْمَاضِيَةِ اجْتَمَعَتْ قَبْلَ قَضَاءِ الْقَاضِي بِالدِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، ثُمَّ قَضَى بِالدِّيَّةِ عَلَيْهِمْ؛ لَا يُؤْخَذُ مِنَ الْعَطَايَا الْمَاضِيَةِ، بَلْ يُؤْخَذُ مِنَ الْعَطَايَا الْمُسْتَقْبَلَةِ؛ لِأَنَّ ابْتِدَاءَ وَجُوبِ الدِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنْ حِينَ قَضَاءِ الْقَاضِي، لَا مِنْ حِينَ الْمَوْتِ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ عليه السلام^(٤)؛ لِأَنَّ مَنْ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ قَبْلَ الْقَضَاءِ غَيْرُ مَعْلُومٍ؛ لِكَوْنِهِ مُجْتَهِدًا فِيهِ؛ لِأَنَّ فِي الْعَاقِلَةِ كَلَامًا، بَعْضُهُمْ يَقُولُ: أَهْلُ الدِّيَّانِ،

(١) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/١٩٤].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و».

(٣) في الأصل «وإن»، والمثبت من «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و».

(٤) ينظر: «المهذب» للشيرازي ٢٣٨/٣، «نهاية المطلب» للجويني [٥٠٩ ١٦].

عَلَى مَا تُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

وَلَوْ حَرَجَ لِلْقَاتِلِ ثَلَاثُ عَظْمَا فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ مَعْنَاهُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ يُؤْخَذُ مِنْهَا كُلُّ الدِّيَةِ لِمَا ذَكَرْنَا .

عَنْ عَبْدِ الْبَيْتِ

وَبَعْضُهُمْ يَقُولُ: الْعَشِيرَةُ، فَلَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالْقَضَاءِ

وكذا الواجب في نفسه غير معلوم، فإن ولاية التَّعْيِينِ فيه إلى القاضي، إن شاء قَصَى بالإبل، وإن شاء قَضَى بالدرهم أو الدنانير، لأنَّ مِنَ النَّاسِ مَنْ قَالَ: الْوَاجِبُ الْإِبْلُ فَحَسِبُ، وَقَالَ قَوْمٌ: الْإِبْلُ وَالْأَثْمَانُ جَمِيعًا، وَزَادَ قَوْمٌ عَلَى هَذَا الْبَقَرُ وَالْغَنَمُ وَالْحُلَلُ، فَصَارَ الْوَاجِبُ سِتَّةَ أَشْيَاءَ .

وَقَالَ الْأَصَمُ^(١): الْعَاقِلَةُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْعَقْلُ؛ لِأَنَّهُ لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى

وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَرَى عَلَى الْقَاتِلِ شَيْئًا .

احتجَّ الشافعي^(٢): بِأَنْ مَنْ تَلَزَّمَهُ الدِّيَةُ مُزَجَّدَةً يَكُونُ ابْتِدَاؤُهَا مِنْ حِينَ الْمَوْتِ، أَصْلُهُ: إِذَا أَقْرَبَقْتَ الْخَطَا، وَأَنْكَرْتَ الْعَاقِلَةَ

قُلْنَا: لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ فِي الْأَصْلِ ابْتِدَاءٌ مِنْ حِينَ تَلَزَّمَهُ الدِّيَةُ، فَكَذَلِكَ فِي مَسْأَلَةِ ابْتِدَاءِ التَّاجِيلِ مِنْ حِينَ تَلَزَّمَهُ الدِّيَةُ، وَهِيَ عِنْدَ حُكْمِ الْحَاكِمِ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ لَمْ تَكُنْ وَاجِبَةً عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنَّمَا نَحِبُ عَلَيْهِمْ بِحُكْمِ الْقَاضِي، فَكُنْتَ [التَّاجِيلُ]^(٣) مِنْ حِينَ وَجَبَتِ الدِّيَةُ .

قوله: (عَلَى مَا تُبَيِّنُ)، إشارة إلى ما ذكر بعد عشرة خطوطٍ بقوله: (لِأَنَّ [٢٥١٨] الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ: الْمِثْلُ، وَالتَّحْوِيلَ إِلَى الْقِيَمَةِ بِالْقَضَاءِ) .

قوله: (لِمَا ذَكَرْنَا)، إشارة إلى قوله: (لِأَنَّ الْوُجُوبَ^(٤) بِالْقَضَاءِ) .

(١) هو: عبد الرحمن بن كيسان، أبو بكر الأصم. الفقه المعتبر للمفسر. وقد تقدمت ترجمته

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «ع»، «و»، «ف»، «م»، «ل»، «و» .

(٣) في الأصل: «الواجب»، والمشتق من: «ن»، «ع»، «و»، «ف»، «م»، «ل»، «و» .

وَإِذَا كَانَ جَمِيعُ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فَكُلُّ ثُلْثٍ مِنْهَا فِي سَنَةٍ ، وَإِذَا كَانَ الْوَاجِبُ بِالْعَقْلِ ثُلْثَ دِيَةِ النَّفْسِ أَوْ أَقَلُّ كَانَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ وَمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ إِلَى تَمَامِ الثُّلُثَيْنِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ إِلَى تَمَامِ الدِّيَةِ فِي السَّنَةِ الثَّالِثَةِ ، وَمَا وَجَبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنَ الدِّيَةِ ، أَوْ عَلَى الْقَاتِلِ بِأَنْ قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا ؛ فَهُوَ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله : وَمَا وَجَبَ عَلَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ ؛ فَهُوَ حَالٌ ، لِأَنَّ التَّاجِيلَ لِلتَّخْفِيفِ لِتَحْمِلِ الْعَاقِلَةِ فَلَا يُلْحَقُ بِهِ الْعَمْدُ الْمُخَضَّرُ .

شأنه العبد

قَوْلُهُ : (وَمَا وَجَبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنَ الدِّيَةِ ، أَوْ عَلَى الْقَاتِلِ بِأَنْ قَتَلَ الْأَبُ ابْنَهُ عَمْدًا ؛ فَهُوَ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله : وَمَا وَجَبَ عَلَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ ؛ فَهُوَ حَالٌ) ، ذَكَرَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ .

قَالَ الشَّيْخُ [٤٨٨/٣] أَبُو الْفَضْلِ الْكِرْمَانِيُّ رحمته الله فِي «إِشَارَاتِ الْأَسْرَارِ» : «الْأَبُ إِذَا قَتَلَ ابْنَهُ عَمْدًا ؛ وَجَبَتِ الدِّيَةُ مُغْلَظَةً فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ» .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله : [تَجِبُ] ^(١) حَالًا ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بَدَلُ النَّفْسِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ حَالًا كَالْقَصَاصِ ^(٢) ، وَكَمَا فِي عَقْدِ الصُّلْحِ .

وَأَمَّا وَرَدُ الشَّرْعُ بِالتَّاجِيلِ تَخْفِيفًا عَلَى الْجَانِي فِي الْخَطَا ، وَفِي حَالَةِ الْعَمْدِ لَا يَسْتَحِقُّ التَّخْفِيفُ ، فَلَا يُلْحَقُ بِهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّ فِي حَالَةِ الْخَطَا تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ تَخْفِيفًا لَهُ ، وَيَجِبُ دِيَةٌ مُخَفَّفَةٌ ، بِخِلَافِ حَالَةِ الْعَمْدِ .

وَنَحْنُ نَقُولُ : الْقِيَاسُ : أَلَّا يَجِبَ الْمَالُ ؛ لِانْعِدَامِ الْمُمَاطِلَةِ بَيْنَ الْمَالِ وَالتَّانِفِ ؛

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، وَ«غ» ، وَ«ر» ، وَ«ط» ، وَ«م» .

(٢) يَنْظُرُ : «مَخْتَصَرُ الْمُعَرَّبِيِّ / مُلْحَقٌ بِالْأَمِّ لِلشَّافِعِيِّ» [٣٥١، ٨] ، وَ«الْمُهَدَّبُ» لِلشَّيْخِ رَدِّي [٢٣٨/٣] .

ولنا: أن القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلاً فلا يتعداه.

ولو قتل عشرة رجلاً خطأ، فعلى عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلاث

غاية البيان

لأن النفس معدة لأبواب الكرامات بخلاف المال، وإنما وجب المال بقتل النفس بالشرع صيانة للدم عن الهذر، وقد ورد الشرع بإيجاب المال في الخطأ وشبه العمد مؤجلاً، فكذا يجب أن يكون هنا مؤجلاً، لأنه مال وجب بالقتل ابتداءً كالمقيس عليه.

بخلاف ما إذا وجب بالصُّلح؛ لأنه لم يكن الواجب ثمة بالقتل ابتداءً، بل كان بالصُّلح، ولأنه قتل لا يتعلّق به القصاص بحال، فما يستحق فيه من المال يجب أن يكون مؤجلاً، كما في شبه العمد والخطأ.

وأورد هنا في «مختصر الأسرار» سؤالاً وجواباً، فقال:

«فإن قيل: الدية في الأصل تجب على العاقلة، فلذلك كانت مؤجلة، بخلاف القرع؟

قلنا: يبطل بما إذا اعترف بقتل الخطأ وكذّبه العاقلة، فإنها تجب في ماله مؤجلة مع أن الدية لا تجب على العاقلة، ولا تسلم أن جناية الأب عمد من كل وجه؛ لأنه عمد من وجه خطأ من وجه، ألا ترى أنها جُعِلَتْ كالعمد في حق الغير حتى لم تجب الدية على العاقلة، وجُعِلَتْ كالخطأ (١/٥٢٤: ٥١٨) فيما بينهما حتى لم يجب القصاص».

قوله: (يأباه)، أي: يأتى القياس بإيجاب المال، ويأبه ما قلناه آنفاً.

قوله: (ورد به مؤجلاً)، أي: ورد الشرع بإيجاب المال في الخطأ مؤجلاً.

قوله: (ولو قتل عشرة رجلاً خطأ، فعلى عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلاث

سبن ؛ اعتبارا للمجزء بالكل إذ هو بدل النفس ، وإنما يُعتبر مدة ثلاث سنين
 ١٨٠ | مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ بِالْدِّيَةِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْأَصْلِيَّ الْمِثْلَ وَالتَّحْوِيلَ إِلَى الْقِيَمَةِ
 بِالْقَضَاءِ فَيُعتبرُ ابتداءؤها مِنْ وَقْتِهِ كَمَا فِي وَلَدِ الْمَعْرُورِ .

عنه لسان

سبن) ، أي: تحب الدية أعشاراً على عواقل العشرة ، فعلى عاقلة كل واحد من
 العشرة عشر الدية في ثلاث سنين في كل سنة ثلث العشر ؛ لأنه لو كان القاتل
 واحداً يلزم كل الدية في ثلاث سنين على العاقلة في كل سنة الثلث ، فإذا كانوا
 عشرة تحب على عواقلهم أعشاراً في ثلاث سنين على عاقلة كل واحد عشر الدية ،
 فيصيب كل عاقلة عشر الدية .

وعشر الدية إذا أدّى في ثلاث سنين تكون حصّة السنة من ذلك ثلث العشر ،
 وهذا معنى قوله: (اعتباراً للمجزء بالكل) ، أي: لجزء الدية^(١) بكل الدية ، هذا إذا
 اختلفت عواقل العشرة ، فإن اتحدت ؛ فالحكم فيه كما إذا كان القاتل واحداً .
 قوله: (وإنما يُعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية) .

وعند الشافعي: يُعتبر ابتداء المدة من حين الموت ، وقد استوفينا البيان قبل
 هذا .

قوله: (لأن الواجب الأصلي المثل) ، أي: الواجب الأصلي في الضمان هو
 المثل للفائت ؛ لقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَكُمُ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٩٤] ،
 ولا مُماثلة بين الآدمي الصالح للكرامات كالولايات والشهادات ، وبين المال^(٢)
 والتحول من المثل الذي هو الآدمي إلى قيمة الآدمي [١٨٩ ٣] الفائت ثبت شرعاً
 بخلاف القياس .

(١) في الأصل: «الكل» ، والمثبت من «ال» ، و«ع» ، و«ر» ، و«ل» ، و«م» .

(٢) في الأصل «المثل» ، والمثبت من «ال» ، و«ع» ، و«ر» ، و«ل» ، و«م» .

قال: ومن لم يكن من أهل الديوان: فعاقبته قبيلته؛ لأن نصرتهم بهم وهي
المُعْتَبَرَةُ فِي التَّعَاقُلِ.

عجابه السائر

وإنما تعيبت القيمة بالقضاء، فاعتبر ابتداء مدة وجوب القيمة من يوم القضاء
كما في ولد المعرور، وهو الذي وطئ امرأة متعمداً على ملث يمين، أو نكاح.
فولدت ولداً، ثم استحيقت، حيث يكون ولدها حرّاً بالقيمة يوم الخصومة، وهو
يوم القضاء؛ لأن الواجب الأصلي - وهو رد عين الولد - لما تعذر - لئلا يلزم
إزقاق الجزء - وجب التحول إلى القيمة، فاعتبر القيمة يوم القضاء؛ لأنها تعيبت
بالقضاء، فكذا هنا.

قوله: (ومن لم يكن من أهل الديوان؛ فعاقبته قبيلته)، وهذا لفظ القُدُورِيّ
في «مختصره»، وتمامه فيه [١/٢٤٦/٨]: «وتقسم عليهم في ثلاث سنين، لا
يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة، ويُنقَص منها»^(١).

وإنما كانت عاقلة من لم يكن من أهل الديوان قبيلته؛ لما مر من قل أن الدية
على عهد رسول الله ﷺ على القبيلة، وإنما نقلها عمر رضي الله عنه في أهل الديوان لمعنى
التناصر، فلما لم يكن الجاني من أهل الديوان لمعنى التناصر؛ أقر الحكم^(٢) على
الأصل.

وقال في «شرح الكافي»: «ومن جئني من أهل البادية وأهل اليمن الذين لا ديوان
لهم؛ فُرِضَتِ الدية على عواقلهم في ثلاث سنين، الأقرب فالأقرب على الإخوة،
ثم يبي الإخوة، ثم الأعمام، ثم يبي الأعمام على ما عُرِفَ من ترتيب العصابات.
وهل يَدْخُلُ البَنُونَ والآباء؟ بعضهم قالوا: يَدْخُلُونَ؛ لأنهم أقرب.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ١٩٤].

(٢) في الأصل: «الحاكم»، والمثبت من «ن»، و«٢٤٦»، و«٢٤٧»، و«٢٤٨».

قَالَ: وَيُقَسَّمُ عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لَا يَزَادُ الْوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيَنْقُصُ مِنْهَا.

غاية البيان

وبعضهم قالوا: لَا يَدْخُلُونَ؛ لِأَنَّ الْإِتِّصَارَ غَيْرُ مُعْتَادٍ مِنَ الْأَبَاءِ وَالْأَبَاءِ، وَلِأَنَّ هَذَا مِمَّا نُقْضَى عَلَى مَنْ يَكْثُرُ، وَلَا يُلْحَقُهُمُ الْخَرْجُ فِي تَحْمِلِهِ، وَالْأَوْلَادُ لَا يُوصَفُونَ بِالكَثْرَةِ^(١).

وَيُقَسَّمُ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَابِلِ فِي النَّسَبِ حَتَّى يُصِيبَ الرَّجُلُ فِي السَّنِينَ الثَّلَاثِ مِنَ الدِّيَةِ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ^(٢) أَرْبَعَةُ دَرَاهِمٍ؛ لِأَنَّهُمْ إِنَّمَا يَتَحَمَّلُونَ عَنْهُ عَلَى وَحْدِهِ لَا يُلْحَقُهُمُ الْخَرْجُ. كَذَا فِي «شرح الكافي».

وما ذكره الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي «مختصره» بقوله: «لَا يَزَادُ [لِوَاحِدٍ]^(٣) عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ»^(٤)، إِمَارَةً إِلَى أَنَّهُ يَزَادُ عَلَى الْأَرْبَعَةِ فِي السَّنِينَ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّهُ قَيْدُ نَفْيِ الرِّيَادَةِ بِسَنَةٍ وَاحِدَةٍ، وَجَوَّزَ الْأَرْبَعَةَ عَلَى الْوَاحِدِ مِنَ الْعَاقِلَةِ فِي لِسَةِ لَوْحِدَةٍ، فَإِذَا كَانَ مَا يُصِيبُ الْوَاحِدَ فِي السَّنَةِ الْوَاحِدَةِ أَرْبَعَةَ دَرَاهِمٍ؛ كَانَ مَا يُصِيبُهُ فِي السَّنِينَ الثَّلَاثِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا لَا مُحَالَةً، فَكَانَ مَا يُصِيبُهُ مِنْ حَمِيعِ الدِّيَةِ زِيَادَةً عَلَى الْأَرْبَعَةِ.

وَنَصَّرَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي كِتَابِ الْمَعَاقِلِ بِخِلَافِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: «وَيُقْضَى بِالْدِّيَةِ عَلَى الْقَوْمِ حَتَّى يُصِيبَ [الرَّجُلَ]^(٥) فِي عِصَائِهِ مِنَ الدِّيَةِ كُلُّهَا أَرْبَعَةُ دَرَاهِمٍ أَوْ ثَلَاثَةً، أَوْ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ»^(٦).

(١) فِي الْأَصْلِ: «بِالْكَثَرِ»، وَالْمَثَلُ مِنْ «٥٥»، وَ«٢٥٥»، وَ«٤٥»، وَ«٥٥».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «و»، وَالْمَثَلُ مِنْ: «٥٥»، وَ«٢٥٥»، وَ«٤٥»، وَ«٥٥».

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُولَتَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ: «٥٥»، وَ«٤٥»، وَ«٥٥»، وَ«٥٥».

(٤) يَنْظُرُ: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١٩٤].

(٥) مَا بَيْنَ الْمَعْقُولَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ «٢٥٥»، وَ«٥٥»، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا وَجَعَ فِي «الأصل» الْمَعْرُوفِ بِالْمَبْسُوطِ.

(٦) يَنْظُرُ: «الأصل» الْمَعْرُوفِ بِالْمَبْسُوطِ لِمُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ الشَّيْبَانِيِّ [٤/١٦٣].

قَالَ - رحمه الله -: كَذَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ - رحمه الله - فِي مُخْتَصَرِهِ ، وَهَذَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهُ يُرَادُّ عَلَى أَرْبَعَةٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ ، وَقَدْ نَصَّ مُحَمَّدٌ - رحمه الله - عَلَى أَنَّهُ لَا يُرَادُّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ جَمِيعِ الدِّيَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ عَلَى ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ إِلَّا دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ وَثُلُثُ دِرْهَمٍ وَهُوَ الْأَصَحُّ .

غاية التبيين

قَالُوا: مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ - رحمه الله - هُوَ الصَّحِيحُ ، وَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ هَذَا مَالٌ وَجَبَ عَلَيْهِمْ تَخْفِيفًا عَلَى الْقَاتِلِ ، وَإِنَّمَا يُسْتَحَقُّ عَلَيْهِمُ النَّظَرُ عَلَى وَجْهِ لَا يَضُرُّ بِهِمْ ، وَذَلِكَ فِي تَوْزِيعِ الْوَاجِبِ حَسَبَ مَا ذَكَرْنَا ، وَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ مِنْ رَوَايَةِ «مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» - رحمه الله - هُوَ الْمَشْهُورُ .

وَقَدْ [٤/٥٢٤٦/٨] أَثْبَتَ فِي «شرح الأقطع» رَوَايَتَهُ بِقَوْلِهِ: لَا يُرَادُّ الْوَاحِدُ عَلَى أَرْبَعَةِ دِرَاهِمٍ فِي كُلِّ سَنَةٍ دِرْهَمٌ وَدَانِقَانِ ، وَيَقْصُرُ مِنْهَا ، فَعَلَى ذَلِكَ لَا فَرْقَ بَيْنَ نَصْرِ مُحَمَّدٍ ، وَبَيْنَ رَوَايَةِ الْقُدُورِيِّ [٥/٤٨٩/٣] - رحمه الله - ^(١) .

وَيَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ رَوَايَةِ «شرح الأقطع»: مَا ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ نَفْسَهُ فِي «شرح مختصر الكرخي» فِي بَابِ أَرْوُشِ الْجَنَائِيَّاتِ عَلَى الرَّقِيقِ قَالَ: «وَلَا يَغْرَمُ كُلُّ رَجُلٍ مِنَ الْعَاقِلَةِ إِلَّا ثَلَاثَةَ دِرَاهِمٍ ، أَوْ أَرْبَعَةَ دِرَاهِمٍ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ، وَذَلِكَ كُلُّ مَا يَغْرَمُهُ ، وَلَا يَغْرَمُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ» ^(٢) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ .

ثُمَّ أَكْثَرُ مَا يُوصَعُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَاقِلَةِ أَرْبَعَةُ دِرَاهِمٍ ، وَأَقْلَهُ لَا يَتَقَدَّرُ ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رحمه الله - عَلَى الْعَبِيِّ يَصْفُ دِينَارٌ ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ رُبْعُ دِينَارٍ . كَذَا فِي «مُخْتَصَرِ الْأَسْرَارِ» .

لَنَا: أَنَّ كُلَّ مِقْدَارٍ يُؤْخَذُ فِي الزَّكَاةِ بِنَفْسِهِ ، لَا يَتَقَدَّرُ مَا يُؤْخَذُ بِهِ مِنْ أَحَادٍ

(١) بَنَظَرُ: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٨٢/ق٢] .

(٢) بَنَظَرُ: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٣٢٨/د١١١] .

قَالَ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَتَسَعُ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ، ضَمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَاتِلِ مَعَاةً؛ نَسَبَ كُلُّ ذَلِكَ لِمَعْنَى التَّخْفِيفِ وَيُضَمُّ الْأَقْرَبُ فَلَا اقْرَبُ عَلَى تَرْتِيبِ الْعَصَابَاتِ: الْإِخْوَةُ ثُمَّ بَنُوهُمْ، ثُمَّ الْأَعْمَامُ ثُمَّ بَنُوهُمْ وَأُمَّا الْأَبَاءُ وَالْأَبْنَاؤُ فَقِيلَ يَدْخُلُونَ لِقُرْبِهِمْ، وَقِيلَ لَا يَدْخُلُونَ لِأَنَّ الضَّمَّ لِنَهْيِ الْحَرَجِ حَتَّى لَا يُصِيبَ لِكُلِّ (١) وَاحِدٍ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ، وَهَذَا الْمَعْنَى إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ عِنْدَ انْكَثَرَةِ وَالْأَبَاءُ وَالْأَبْنَاؤُ لَا يَكْثُرُونَ، وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الرَّايَاتِ إِذَا لَمْ يَتَسَعِ لِذَلِكَ أَهْلُ رَايَةٍ ضَمَّ إِلَيْهِمْ

﴿حاشية السبيل﴾

العاقلة كالبقرة والتعير، ولهذا لَمْ يُرَدَّ عَلَى أَرْبَعَةِ دَرَاهِمٍ حَتَّى لَا يَبْلُغَ مَا يُؤْخَذُ فِي لَزْكَاءٍ؛ لِأَنَّهُ [فِي] (٢) حُكْمِ الْكَثِيرِ، وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ الْعَنِيِّ وَالْمُتَوَسِّطِ فِي التَّحْمُلِ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ وَجَبَ بِالْقَتْلِ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْغَنِيُّ وَالْمُتَوَسِّطُ؛ كَالْكَفَّارَةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ لَمْ تَكُنْ تَتَسَعُ الْقَبِيلَةُ لِذَلِكَ؛ ضَمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ)، أَيْ: قَالَ الْقُدُورِيُّ (٣) فِي «مَخْتَصَرِهِ» (٤)، يَعْنِي: أَنَّ الْعَاقِلَةَ أَهْلُ الدِّيَّانِ عِنْدَنَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْقَاتِلُ (٥) مِنْ أَهْلِ الدِّيَّانِ؛ فَعَاقِلَتُهُ قَبِيلَتُهُ، ثُمَّ الْقَبِيلَةُ إِذَا وُزَّعَ عَلَيْهِمُ الدِّيَّةُ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ، أَوْ أَرْبَعَةُ دَرَاهِمٍ، كَمَا بَيَّنَّا، وَلَمْ يَخْصُلْ أَداءُ كَمَالِ الدِّيَّةِ بِهِمْ؛ ضَمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ نَسَبًا عَلَى التَّرْتِيبِ الْمَذْكُورِ فِي الْعَصَبَاتِ.

وهذا إِذَا كَانَ لَهُ عَاقِلَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ، فَعَقْلُهُ فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ (٦) أَنَّهُ فِي مَالِ الْجَانِي، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ مِنْ «شرح الطحاوي» قُبِيلَ هَذَا. قَوْلُهُ: (وَعَلَى هَذَا حُكْمُ الرَّايَاتِ (٧))، يَعْنِي: إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيَّانِ؛

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «ح: كُلُّ».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «و»، «غ»، «و»، «ر»، «و»، «ف»، «م».

(٣) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/ ١٩٤].

(٤) فِي الْأَصْلِ: «الْعَاقِلَةُ»، وَالْمُنْتَبِثُ مِنْ: «ن»، «و»، «ف»، «م»، «و»، «م».

(٥) فِي الْأَصْلِ: «الرَّايَاتِ»، وَالْمُنْتَبِثُ مِنْ: «ن»، «و»، «ف»، «م»، «و»، «م».

أَقْرَبُ الرَّايَاتِ: يَغْنِي أَقْرَبُهُمْ نُصْرَةً إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ الْأَقْرَبُ فَلَا أَقْرَبَ، وَيُقَوِّضُ ذَلِكَ إِلَى الْإِمَامِ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَالِمُ بِهِ، ثُمَّ هَذَا كُلُّهُ عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِينَارٍ قَيْسَوِي بَيْنَ الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ صَلََّةٌ

شَايَةَ الْمُبْدَى

فَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الرَّايَةِ، فَإِنْ لَمْ يَتَّسِعْ أَهْلُ الرَّايَةِ لِلْعَقْلِ؛ ضُمَّ إِلَيْهِمْ أَهْلُ رَايَةِ أُخْرَى، الْأَقْرَبُ فَلَا أَقْرَبَ فِي النُّصْرَةِ. أَغْنَى: إِذَا حَزَبَ أَهْلُ الرَّايَةِ الْأُولَى أَمْرٌ، فَمَنْ كَانَ أَقْرَبَ نُصْرَةً إِلَيْهِمْ مِنْ أَهْلِ الرَّايَاتِ الْأُخْرَى؛ يَضُمُّ إِلَيْهِمْ فِي الْعَقْلِ، يُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَلَا أَقْرَبَ، وَلَكِنْ يُقَوِّضُ اعْتِبَارُ الْأَقْرَبِ [٥/٢٤٧/٨] فِي النُّصْرَةِ إِلَى الْإِمَامِ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْعَارِفُ بِذَلِكَ.

يُقَالُ: حَزَبَهُ أَمْرٌ^(١)، أَي: أَصَابَهُ.

قَوْلُهُ: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُ دِينَارٍ).

قَالَ فِي «وَجِيزِهِمْ»: «وَلَا يُضْرَبُ عَلَى فَقِيرِهِمْ وَإِنْ كَانَ مُعْتَمِلًا، وَيُضْرَبُ عَلَى الْغَنِيِّ نِصْفُ دِينَارٍ^(٢)، وَهُوَ الَّذِي مَلَكَ عَشْرِينَ دِينَارًا بَعْدَ الْمَسْكَنِ، وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ الرَّبْعُ، وَهُوَ الَّذِي يَمْلِكُ أَقْلَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَكِنْ مَلَكَ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ، وَيُنْظَرُ إِلَى التَّيْسَارِ فِي آخِرِ السَّنَةِ، فَلَوْ طَرَأَ التَّيْسَارُ قَبْلَهَا، أَوْ بَعْدَهَا؛ فَلَا التَّفَاتُ إِلَيْهِ»^(٣). إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْوَجِيزِ»، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُ الْمَذْهَبَيْنِ قُلْ هَذَا.

قَوْلُهُ: (لِأَنَّهُ صَلََّةٌ)، أَي: لِأَنَّ الْعَقْلَ صَلََّةٌ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِسَبِيلِ

(١) فِي الْأَصْلِ «عَمَّا»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «وَجِيزِهِمْ» وَ«عَمَّا» وَ«وَجِيزِهِمْ».

(٢) إِشَارَةٌ إِلَى قَوْلِ صَاحِبِ «الْهُدَايَةِ»: «يَغْنِي أَقْرَبُهُمْ نُصْرَةً إِذَا حَزَبَهُمْ أَمْرٌ، الْأَقْرَبُ فَلَا أَقْرَبَ» يَنْظُرُ: «الْهُدَايَةِ» لِمَرْعِيَّيْنِ [٥/٢٤٧/٤].

(٣) فِي «الْوَجِيزِ»: «وَيُضْرَبُ عَلَى الْغَنِيِّ نِصْفُ دِينَارٍ» وَيُعْنِي بِهِ (ح) الرَّمْزُ بِهِ إِلَى أَبِي حَسَنَةَ وَب (م): الرَّمْزُ بِهِ إِلَى الْإِمَامِ مَالِكٍ، كَمَا بَيَّنَّ عَلَى ذَلِكَ فِي الْمَقْدَمَةِ يَنْظُرُ «الْوَجِيزُ» مَعَ شَرْحِ الرَّافِعِيِّ لِلْفَرَاغِيِّ [٥/١].

(٤) يَنْظُرُ «الْوَجِيزُ» مَعَ الْعَرَبِيِّ شَرْحَ الْوَجِيزِ لِمَرْعِيَّيْنِ [٤٧٦/١٠].

فَيَعْتَبِرُهُ بِالزَّكَاةِ وَأَذْنَاهَا ذَلِكَ إِذْ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ عِنْدَهُمْ بِنَصْفِ دِينَارٍ ، وَلَكِنَّا نَقُولُ :
هِيَ أَحَطُّ رُبَّةً مِنْهَا ؛ أَلَا تَرَاهَا لَا تُؤْخَذُ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ فَيَنْتَقِصُ مِنْهَا تَحْقِيقُ لِرَبْدَةِ
التَّخْفِيفِ .

وَلَوْ كَانَ عَاقِلَةً الرَّجُلُ أَصْحَابَ الرِّزْقِ ؛ يُقْضَى بِالذِّيَّةِ فِي أَرْزَاقِهِمْ فِي
ثَلَاثِ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةِ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ الرِّزْقَ فِي حَقِّهِمْ بِمَنْزِلَةِ الْعَطَاءِ قَائِمٌ مُفَامَةً
إِذْ كُلُّ مِنْهُمَا صِلَةٌ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ كَانَتْ أَرْزَاقُهُمْ تَخْرُجُ فِي كُلِّ
سَنَةٍ ، فَكَمَا يَخْرُجُ رِزْقُ [٢٨٠/ظ] يُؤْخَذُ مِنْهُ الثَّلَاثُ بِمَنْزِلَةِ الْعَطَاءِ .

﴿حماية البيان﴾

المُؤَاسَاةُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُوجَدَ^(١) مِنْهُمْ جُنَايَةٌ .

قَوْلُهُ : (فَيَعْتَبِرُهُ بِالزَّكَاةِ) ، أَيُ : يَعْتَبِرُ الشَّافِعِيُّ الْعَقْلَ بِالرَّكَاةِ ، وَأَذْنَى الزَّكَاةِ مِنَ
الرِّزْقِ خَمْسَةُ دَرَاهِمَ ، وَهِيَ مُسَاوِيَةٌ بِنَصْفِ دِينَارٍ فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ^(٢) .

وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ لَيْسَ لَهُ أَثَرٌ ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ الرُّبْعَ عَلَى الْمَتَوَسِّطِ ، عَلَى أَنَّ نَقُولُ :
لَا تُسَلَّمُ أَنْ قِيَاسَ الْعَقْلِ عَلَى الزَّكَاةِ صَحِيحٌ لَوْحُودِ الْفَارِقِ ؛ لِأَنَّ الْقَدْرَ الْمَعْلُومَ هُنَا
يَجُوزُ تَقْيِصُهُ ، وَلَا يَجُوزُ النُّقْصَانُ فِي الرَّكَاةِ ، وَأَيْضًا الزَّكَاةُ تُؤْخَذُ مِنْ أَصْلِ الْمَالِ ،
وَهَذَا يُؤْخَذُ مِنْ فَضْلِ الْمَالِ مِنَ الْعَطَاءِ عِنْدَنَا ، فَلَمْ يَكُنْ تَعْلِيلُهُ حُجَّةً عَلَيْنَا .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ كَانَ عَاقِلَةً الرَّجُلُ [٤٩٠/٣] أَصْحَابَ الرِّزْقِ ؛ يُقْضَى بِالذِّيَّةِ فِي
أَرْزَاقِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ فِي كُلِّ سَنَةِ الثَّلَاثِ) ذَكَرَهُ بِسَبِيلِ التَّفْرِيعِ .

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِيَجَابِيُّ رَحِمَهُ اللهُ فِي «شرح الكافي» : «وَلَوْ
كَانَتْ عَاقِلَةً الرَّجُلُ أَصْحَابَ الرِّزْقِ يَأْخُذُونَهُ كُلَّ شَهْرٍ ، فَصِيَ عَلَيْهِمْ بِالذِّيَّةِ فِي ذَلِكَ
الشَّهْرِ بِحَصَّتِهِ ، وَإِنْ كَانُوا يَأْخُذُونَهُ كُلَّ سَنَةٍ أَشْهُرٍ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ أُعْطِيَةٌ ، فَخَرَجَ لَهُمْ

(١) فِي الْأَصْلِ : «يُؤْخَذُ» ، وَالْمُثَبِّتُ مِنْ : «٢٨٠» ، وَ«٢٨٠» .

(٢) يَطْرُقُ «الْمُهَذَّبُ» لِلشَّيْخِ الرَّيِّ [٢٤١/٣] ، وَ«الْمُهَذَّبُ» لِلْبَعُوي [١٩٧/٧] .

وَأِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ سَنَةٍ أَشْهُرٌ وَخَرَجَ بَعْدَ الْقَصَاءِ يُؤْخَذُ مِنْهُ سُدُسُ الدِّيَةِ وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ فِي كُلِّ شَهْرٍ يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ رِزْقٍ بِحِصَّتِهِ مِنَ الشَّهْرِ حَتَّى يَكُونَ الْمُسْتَوْفَى فِي كُلِّ سَنَةٍ بِقَدَارِ الثَّلَاثِ، وَإِنْ خَرَجَ بَعْدَ الْقَصَاءِ يَتَوَمَّ أَوْ أَكْثَرَ أُخِذَ مِنْ رِزْقِ ذَلِكَ الشَّهْرِ بِحِصَّةِ الشَّهْرِ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُمْ أَرْزَاقٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ وَأَعْطِيَتْ فِي كُلِّ سَنَةٍ فَرَضَتْ الدِّيَةُ فِي الْأَعْطِيَةِ دُونَ الْأَرْزَاقِ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ، إِمَّا لِلْأَعْطِيَةِ أَكْثَرَ، أَوْ لِأَنَّ الرِّزْقَ لِكِفَايَةِ الْوَقْتِ فَيَتَعَسَّرُ الْأَدَاءُ مِنْهُ وَالْأَعْطِيَاتُ لِيَكُونُوا فِي الدِّيَوَانِ قَانِئِينَ بِالنُّصْرَةِ فَيَتَيَسَّرَ عَلَيْهِمْ.

باب في النصارى

رِزْقُ سَنَةِ أَشْهُرٍ بَعْدَ الْقَصَاءِ أُخِذَ مِنْهُمْ سُدُسُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ مَا لَهُمْ الَّذِي يُضْرَفُ إِلَى نَوَائِبِهِمْ هَذَا.

وَلَوْ كَانَ لَهُمْ أَرْزَاقٌ فِي كُلِّ شَهْرٍ، وَأَعْطِيَاتٌ فِي كُلِّ سَنَةٍ، فَرَضَتْ عَلَيْهِمُ الدِّيَةُ فِي أَعْطِيَاتِهِمْ دُونَ أَرْزَاقِهِمْ؛ لِأَنَّ أَدَاءَ النَّائِبَةِ مِنَ الْأَعْطِيَاتِ أَسْهَلُ، لِأَنَّ الْأَرْزَاقَ تَكُونُ مُسْتَحَقَّةً بِنَوَائِبِهِمُ الدَّارِيَّةِ، وَلِأَنَّ الْأَعْطِيَاتَ تَكُونُ أَكْثَرَ، فَكَانَ اخْتِارُ النَّائِبَةِ عَنْهُ أَسْهَلَ وَأَيْسَرَ.

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الرِّزْقِ وَالْعَطِيَةِ: أَنَّ الرِّزْقَ مَا يُفْرَضُ لِكِفَايَةِ الْوَقْتِ، وَالْعَطِيَةُ مَا يُفْرَضُ لِيَكُونُوا قَانِئِينَ [١/٢٦١٧/٨] بِالنُّصْرَةِ.

وَقَالَ صَاحِبُ «الْمَعْرُوبِ»: «الْعَطِيَةُ: مَا يُفْرَضُ لِلْمُقَاتِلَةِ، وَالرِّزْقُ مَا يُخْفَلُ لِفُقَرَاءِ الْمُسْلِمِينَ إِذَا لَمْ يَكُونُوا مُقَاتِلَةً»^(١). وَفِيهِ تَعْلِيلٌ؛ لِأَنَّ مُحَمَّدًا ﷺ قَالَ: «إِذَا كَانَ^(٢) لَهُمْ أَرْزَاقٌ وَأَعْطِيَاتٌ، فَرَضْتُ الدِّيَةَ فِي أَعْطِيَاتِهِمْ دُونَ أَرْزَاقِهِمْ»^(٣).

(١) ينظر: «المعرب في ترتيب المعرب» للمصنف [١/٦٨/٢].

(٢) في الأصل «لم يكن»، والمثبت من «٥٠»، و«٢٦٥»، و«٤٠»، و«٥٠»، وهو موافق لما وقع في الأصل/المعروف بالمبسوط.

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [١/٦٦٥/٤].

قَالَ: وَأَدْخَلَ الْقَائِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ، فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ؛ لِأَنَّهُ هُوَ
الْمَغَافِلُ فَلَا مَعْنَى لِإِخْرَاجِهِ وَمُؤَاخَذَةِ غَيْرِهِ.

﴿هَاجِيَةَ لِسَانٍ﴾

فَعَلِمَ بِذَلِكَ: أَنَّ الرِّزْقَ يُفْرَضُ لِلْمُقَاتِلَةِ أَيْضًا.

قَوْلُهُ: (قَالَ، وَأَدْخَلَ^(١) الْقَائِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ، فَيَكُونُ فِيمَا يُؤَدِّي كَأَحَدِهِمْ)، أَيْ:
قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

وَمَعْنَى كَوْنِهِ كَأَحَدِ الْعَاقِلَةِ^(٣): أَنَّهُ يُفْرَضُ عَلَيْهِ مِنَ الدِّيَةِ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ، أَوْ أَرْبَعَةُ
دَرَاهِمٍ.

وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ رحمته: «وَيُعْقَلُ الْخَافِي مَعَ عَاقِلِهِ جَايَةً نَفْسِهِ إِذَا كَانَ
[رَجُلًا]^(٤) حَرًّا صَحِيحَ الْعَقْلِ»^(٥)، وَهَذَا عِنْدَنَا.

وَعَدَّ الشَّافِعِيُّ رحمته: لَا يَلْرُمُ الْقَاتِلُ شَيْءًا^(٦). كَذَا فِي «الْإِشَارَاتِ» وَغَيْرِهِ، وَهُوَ
مَنْهَبُ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ رحمته^(٧) [أَيْضًا]^(٨)، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ حُوِّلَ إِلَى الْعَاقِلَةِ، فَلَا
يَقْنَى عَلَيْهِ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ الْكُلُّ عَلَيْهِ، فَلَا يَجِبُ الْجُزْءُ أَيْضًا اعْتِسَارًا لِلْحَرِّ بِالْكُلِّ.

وَلَنَا: مَا رُوِيَ أَنَّ سَلَمَةَ^(٩) بَنَ نُعَيْمٍ قَتَلَ رَجُلًا يَوْمَ الْبَيْعَةِ يَغْلُتُهُ كَاهِرًا وَكَانَ

(١) وَفَعِيَ فِي الْأَصْلِ. «وَأَدْخَلَ» وَالْمَثَلُ مِنْ: «وَدَخَلَ»، «وَدَعَى»، «وَدَعَى».

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٩٤].

(٣) فِي الْأَصْلِ «الْمُقَاتِلَةُ»، وَالْمَثَلُ مِنْ: «وَدَخَلَ»، «وَدَعَى»، «وَدَعَى».

(٤) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوتَيْنِ زِيَادَةٌ مِنْ «وَدَخَلَ»، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا وَفَعِيَ فِي «مَخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ».

(٥) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الطَّحَاوِيِّ» [ص/٢٣٣].

(٦) يَنْظُرُ: «الْمَهْدِيَّةُ» لِلشَّيْخِ رَازِي [٢٣٧/٣].

(٧) يَنْظُرُ: «الْمَعْنَى» لِابْنِ قِدَامَةَ [٤٩٨/٩].

(٨) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوتَيْنِ زِيَادَةٌ مِنْ «وَدَخَلَ»، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا وَفَعِيَ فِي «مَخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ».

(٩) فِي الْأَصْلِ: «سَلَمَةُ»، وَالْمَثَلُ مِنْ: «وَدَخَلَ»، «وَدَعَى»، «وَدَعَى» وَهُوَ مُوَافِقٌ لِمَا وَفَعِيَ فِي «مَشْكَلِ

الْأَثَرِ». وَهُوَ سَلَمَةُ بْنُ نُعَيْمٍ مِنْ مَسْعُودِ الْأَشْجَعِيِّ لَهُ صَحِيحَةٌ. يَنْظُرُ «النَّارِجُ الْكَبِيرُ» لِلطَّحَاوِيِّ [٧١/٤].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجِبُ عَلَى الْقَاتِلِ شَيْءٌ مِنَ الدِّيَةِ اِغْتِيَارًا لِلْجُزْءِ بِالْكُلِّ فِي النَّفْسِ عَنْهُ وَالْجَامِعُ كَوْنُهُ مَعْدُورًا.

قُلْنَا: إِيْجَابُ الْكُلِّ إِجْحَافٌ بِهِ وَلَا كَذَلِكَ إِيْجَابُ الْجُزْءِ، وَلَوْ كَانَ الْخَاطِئُ مَعْدُورًا فَالْبَرِيءُ مِنْهُ أَوْلَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام ١٦٤].

هـاية البيان

مُسْلِمًا، فَقَالَ لَهُ عُمَرُ رضي الله عنه: «الدِّيَةُ عَلَيْكَ وَعَلَى قَوْمِكَ»^(١). كَذَا فِي «شرح الطحاوي» لأبي بكر الرازي^(٢) و«شرح الأقطع»^(٣).

وَلَا أَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِجَعْلِهِمْ مُبَاشِرِينَ حُكْمًا، وَإِنْ لَمْ تَوْجِدِ الْمُبَاشِرَةَ مِنْهُمْ حَقِيقَةً، فَأَوْلَى أَنْ يَجِبَ عَلَى الْقَاتِلِ؛ لَكُونِهِ مُبَاشِرًا حَقِيقَةً، وَلَا يَلْزَمُ مِنَ نَفْسِ إِيْجَابِ كُلِّ الدِّيَةِ عَنِ الْقَاتِلِ نَفْسُ إِيْجَابِ الْجُزْءِ؛ لِأَنَّ إِيْجَابَ الْأَكْثَرِ عَلَى الْعَاقِلَةِ تَخْفِيفٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ خَاطِئٌ، فَيَجِبُ عَلَيْهِ كَمَا وَجَبَ عَلَى أَحَدِهِمْ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَخْفِيفًا أَيْضًا.

أَمَّا الْإِسْقَاطُ عَنْهُ أَصْلًا فَلَا مَعْنَى لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ^(٥) عَلَى الْعَاقِلَةِ مَعَ أَنَّهُمْ بُرَاءَةٌ مِنَ الْجِنَايَةِ، وَلَمْ يَتَلَوَّنُوا بِالدَّمِ؛ كَانَ الْوُجُوبُ عَلَى غَيْرِ الْبَرِيِّءِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ تَعَالَى قَالَ: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام ١٦٤]، وَلِأَنَّهَا دِيَّةٌ وَجِبَتْ بِالْقَتْلِ،

(١) أخرجه يحيى بن معين في «الجزء الثاني من حديثه» [ص/ ١١٩]، والطحاوي في «مشكل الآثار» [٢٤٥/١٥] وابن حزم في «المحلى» [٥٥/١١]، من طريق نعيم بن أبي هند عن سلمة بن نعيم به نحوه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٤١٤/٥ - ٤١٥].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «٢٤»، و«م».

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٨٣، ١٨٢/ق ٢].

(٥) في الأصل: «أوجب»، والمثبت من: «٥»، و«٢٤»، و«ع»، و«م».

وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ وَالذَّرِّيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ حَظٌّ فِي الدِّيَّانِ عَقْلٌ يَقُولُ عُمَرُ
 رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا يَعْقِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ صَبِيٌّ وَلَا امْرَأَةٌ، وَلِأَنَّ الْعَقْلَ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَى أَهْلِ
 النُّصْرَةِ لِتَرْكِهِمْ مُرَاقِبَتَهُ، وَالنَّاسُ لَا يَتَنَاصَرُونَ بِالصَّبِيَّانِ وَالنِّسَاءِ وَلِهَذَا لَا يُوضَعُ

غاية البيان

وَلَا تَخْلُو ذِمَّةُ الْقَاتِلِ عَنْهَا، كَمَا إِذَا لَمْ تَتَّسِعْ لِعَاقِلَةٍ، وَلَا مَالٌ فِي بَيْتِ الْمَالِ.
 فَإِنْ قِيلَ: رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَصَصَ بِدِيَّةِ الْمَقْتُولَةِ عَلَى عَصْبَةِ الْقَاتِلَةِ، لَا عَلَى
 [٢١٩، ٢] الْقَاتِلَةِ^(١)؟

قُلْنَا: ذَلِكَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْنَا؛ لِأَنَّ أَصْحَابَنَا قَالُوا: إِنَّ الْقَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ
 أَهْلِ التَّحْمُلِ لَا يَدْخُلُ فِي الْعَاقِلَةِ، وَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ التَّحْمُلِ.
 فَإِنْ قِيلَ: مَا وَجَبَ تَحْمُلُهُ [٢١٨/٨] عَنِ الْعَيْرِ يَجِبُ تَحْمُلُ جَمِيعِهِ لَا بَعْضِهِ،
 كَالنَّفَقَةِ وَصَدَقَةِ الْفَطْرِ، فَعَلَى هَذَا يَبْغِي أَنْ يَجِبَ كُلُّ الدِّيَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنْ غَيْرِ
 إِيْجَابِ الْجُزْءِ عَلَى الْقَاتِلِ؟

قُلْنَا: لَيْسَ طَرِيقُ هَذَا طَرِيقَ التَّحْمُلِ؛ لِأَنَّ التَّحْمُلَ عَنِ الْعَيْرِ عِبَارَةٌ عَنْ أَنْ
 يَجِبَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُؤَدِّي عَنْهُ غَيْرُهُ، وَهَذَا يَجِبُ الْعَقْلُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ابْتِدَاءً بِجَعْلِهِمْ
 مُبَاشِرِينَ تَقْدِيرًا، وَكَذَلِكَ نَقُولُ فِي النَّفَقَةِ وَالصَّدَقَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَى الْآبِ
 وَالْأَبْنِ ابْتِدَاءً، ثُمَّ النَّفَقَةُ وَالصَّدَقَةُ حُجَّةٌ عَلَى الْخَصْمِ؛ لِأَنَّ وُجُوبَهَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ
 الْغَيْرِ وَإِعْسَارِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ مُوسِرًا لَا يُتَحْمَلُ عَنْهُ، فَعَلَى قِيَاسِ هَذَا يَجِبُ أَنْ
 يَقُولُوا: إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ مُوسِرًا لَا يُتَحْمَلُ عَنْهُ.

قَوْلُهُ: (وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ وَالذَّرِّيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ حَظٌّ فِي الدِّيَّانِ عَقْلٌ).
 قَالَ الْحَاكِمُ [الشَّهِيدُ]^(٢): «وَلَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ وَالذَّرِّيَّةِ مِمَّنْ كَانَ لَهُ عَطَاءٌ فِي

(١) يَعْنِي حَدِيثَ الْمَرَاتِبِيِّ مِنْ هَذَا، وَقَدْ تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ.

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُولَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «وَلَع»، «وَار»، «وَلَعَا»، «وَلَام».

عَلَيْهِمْ^(١) مَا هُوَ خَلْفٌ عَنِ النَّصْرَةِ وَهُوَ الْجِزْيَةُ، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ صَبِيًّا
أَوْ امْرَأَةً لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا مِنَ الدِّيَةِ بِخِلَافِ الرَّجُلِ، لِأَنَّ وُجُوبَ جُزْءٍ مِنَ الدِّيَةِ
عَلَى الْقَاتِلِ بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَحَدُ الْعَوَاقِلِ لِأَنَّهُ يَنْصُرُ نَفْسَهُ وَهَذَا لَا يُوجَدُ فِيهِمَا،

عقبة البيان

الدِّيَّانِ عَقْلٌ. وَذَلِكَ^(٢) لِأَنَّ وُجُوبَ الْعَقْلِ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِاعْتِبَارِ تَرْكِ الْمُرَافَعَةِ
وَالنَّصْرَةِ، وَجَعَلَهُمْ قَانِلِينَ تَقْدِيرًا، وَالصَّبِيَّانَ وَلَسَاءَ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ النَّصْرَةِ، فَلَا
عَقْلَ عَلَيْهِمْ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ [عُمَرَ]^(٣) بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: لَا يَعْقِلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ
صَبِيٌّ، وَلَا امْرَأَةٌ^(٤). كَذَا فِي «شرح الكافي».

وَالذَّرِيَّةُ فِي اللُّغَةِ: أَوْلَادُ الْأَوْلَادِ^(٥)، وَأَرَادَ هُنَا الصَّبِيَّانَ، وَهِيَ مَأْخُودَةٌ مِنَ
الذَّرِّ، وَهِيَ صِغَارُ النَّحْلِ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَرْأَةَ لَيْسَا مِنْ أَهْلِ النَّصْرَةِ: أَنَّ الْجِزْيَةَ لَا تُرْفَعُ
عَلَيْهِمَا^(٦)، وَهِيَ بَدَلٌ عَنِ النَّصْرَةِ.

فَإِنْ قُلْتُمْ: قَدْ مَرَّ قَبْلَ كِتَابِ الْمَعَافِلِ أَنَّ الْقَتِيلَ إِذَا وُجِدَ فِي قَرِيَةِ امْرَأَةٍ نَجِبُ
الدِّتَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا، لَا عَلَيْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رضي الله عنه، وَذَهَبَ إِلَيْهِ الْمَتَاخِرُونَ
الْمَتَأَخِرُونَ رضي الله عنه: أَنَّهَا تُشَارِكُ الْعَاقِلَةَ فِي الدِّيَةِ، فَكَيْفَ لَمْ تُشَارِكْهُمْ هُنَا^(٧)؟

قُلْتُ: قَمَّةٌ أَيْضًا لَا تُشَارِكُهُمْ فِي الدِّيَةِ عَلَى مَا هُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ مُحَمَّدٍ.

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «خ: عَلَيْهَا».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «وَكَذَلِكَ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، وَ«أ»، وَ«غ»، وَ«م».

(٣) مَا بَيْنَ الْمَحْفُوقَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«ع»، وَ«ر»، وَ«أ»، وَ«م».

(٤) يَنْظُرُ: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [٥٣٨/ق].

(٥) يَنْظُرُ: «الزَّاهِرُ فِي مَعَانِي كَلِمَاتِ النَّاسِ» لِلزَّاهِرِيِّ [١١٥/٢].

(٦) فِي الْأَصْلِ: «عَلَيْهَا»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، وَ«أ»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٧) يَنْظُرُ «الْأَصْلُ» [٤٣٣/٤]، «مَحْضَرُ الطَّحَاوِيِّ» [ص/ ٢٤٨، ٢٤٩]، «الْمَوْطَأُ»

[١٢٠/٢٦]، «تَبْيِيرُ الْحَقَائِقِ» [١٧٦/٦]، «الْبَيَانُ» [٣٧٩، ١٠]، «الْمَتَاوِيُّ الْهَدِيَّةُ» [٩٨/٦]

والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للتصرة لفرص أو ح السي

ولا يعقل أهل مضر عن أهل مضر آخر يريد به إذا كان لأهل كل مضر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده، ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مضره أقرب إليه من أهل مضر آخر

عنه السار

وإنما استحسن المتأخرون في تلك المسألة خاصة؛ لأنها لما دخلت في القسمة دخلت في الدية أيضاً، بخلاف غيرها من الصور، حيث لا تدخل في القسمة ولا تدخل في الدية أيضاً.

قوله: (والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للتصرة)، هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال: لا نسلم أن الصبي والمرأة [ليسا]^(١) من [٢٤٨ م] أهل التصرة، فلو لم يكونا من أهلها لما فرض لهما من العطاء.

فأجاب عن ذلك وقال: الفرض للمعونة لا للتصرة.

وبيانه: أن ينسب لهما تصلاح لمعونة الجند بالطبخ، والخباطة، وحفظ المنزل ونحو ذلك، ولا تصلاح للتصرة لضعفهما^(٢)، فكان الفرض للمعونة لا للتصرة.

ويجوز أن يقال: الفرض لهما من الإمام على سبيل العون لهما، كفرض أزواج النبي ﷺ، لا لوجود التصرة منهما لغيرهما، فلم يدل فرض العطاء للتصرة. قوله: (ولا يعقل أهل مضر عن أهل مضر آخر)، وهذه من مسائل «الأصل»^(٣)، ذكرها على سبيل التفريع.

وهذا إذا كان ديوان كل واحد من المضرين مختلفاً؛ لأنه لا يوجد التناصر

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «و»، «ف»، «و»، «م»، «و»، «ر».

(٢) في الأصل: الضعفها، والمثبت من: «ن»، «و»، «ف»، «و»، «ر».

(٣) يظن «الأصل» المعروف بالمسروط لمحمد بن الحسن الشافعي [٦٦٦/٤]

(وَيَعْقِلُ أَهْلُ كُلِّ مِضْرٍ (١/٢٨١) مِنْ أَهْلِ سَوَادِهِمْ) لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعُ أَهْلِ
الْمِضْرِ، فَإِنَّهُمْ إِذَا حَرَبَهُمْ أَقْرَبُ اسْتَنْصَرُوا بِهِمْ فَيَعْقِلُهُمْ^(١) أَهْلُ الْمِضْرِ بِاغْتِصَابِ
مَعْنَى الْقُرْبِ فِي النُّصْرَةِ.

وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بِالْبَصْرَةِ، وَدِيْوَانُهُ بِالْكُوفَةِ، عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ، لِأَنَّهُ
يَسْتَنْصِرُ بِأَهْلِ دِيْوَانِهِ لَا بِجِيرَانِهِ.

﴿عَادَةُ لِيَاك﴾

بِإِسْنَادٍ حَسَنٍ [١/٢٩١]، فَلَا يَعْقِلُ أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ دِيْوَانُهُمَا وَاحِدًا،
أَوْ كَانَ الْجَانِي مِنْ أَهْلِ دِيْوَانِ ذَلِكَ الْمِضْرِ الْآخَرِ، يَعْقِلُ عَنْهُ أَهْلُ ذَلِكَ الْمِضْرِ،
بِدَلِيلِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي تَلِي هَذِهِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الإِسْبِيجَابِي رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «وَلَا
يَعْقِلُ أَهْلُ مِضْرٍ عَنْ أَهْلِ مِضْرٍ آخَرَ، لِأَنَّهُ لَا تَنَاصُرَ بَيْنَهُمْ عَادَةً، وَيَعْقِلُ أَهْلُ كُلِّ
مِضْرٍ عَنْ سَوَادِهِمْ وَقُرَاهُمُ، لِأَنَّهُمْ أَتْبَاعُ لَهُمْ».

قَوْلُهُ: (وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بِالْبَصْرَةِ، وَدِيْوَانُهُ بِالْكُوفَةِ، عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ)،
ذَكَرَهُ أَيْضًا عَلَى سَبِيلِ التَّغْرِيعِ.

قَالَ فِي «شرح الكافي»: «وَمَنْ كَانَ مَنْزِلُهُ بِالْبَصْرَةِ، وَدِيْوَانُهُ بِالْكُوفَةِ، عَقَلَ
عَنْهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ؛ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ أَهْلِ الدِّيْوَانِ التَّنَاصُرُ بِأَهْلِ الدِّيْوَانِ، لَا بِأَهْلِ الْقَرَابَةِ،
وَلَوْ أَنَّ قَوْمًا مِنْ أَهْلِ خُرَاسَانَ أَهْلُ دِيْوَانٍ وَاحِدٍ مُخْتَلِفِينَ فِي أَنْسَابِهِمْ مِنْهُمْ مَنْ لَهُ
وَلَاءٌ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَهُ الْقُرْبُ^(٢)، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا وَلَاءَ لَهُ، جَنَى بَعْضُهُمْ جَنَائَةً، عَقَلَ
عَنْهُ أَهْلُ رَأْيِهِ، وَأَهْلُ قِيَادَتِهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرُهُمْ أَقْرَبَ إِلَيْهِ فِي النَّسَبِ؛ لِأَنَّ التَّنَاصُرَ
بَيْنَهُمْ بِالرَّايَاتِ لَا بِالْقَرَابَةِ». كَذَا فِي «شرح الكافي».

(١) فِي الْأَصْلِ: أَخٌ؛ فَيَعْقِلُونَهُمْ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «الْقُرْبُ»، وَالْمَعْنَى: «الْقَرَابَةُ»، وَ«الْقُرْبُ»، وَ«الْقَرَابَةُ».

وَنَحَاصِلُ أَنَّ الْإِسْتِنْصَارَ بِالذَّيَوَانِ أَطْهَرُ فَلَا يَطْهَرُ مَعَهُ حُكْمُ النُّصْرَةِ بِإِقْرَانِهِ وَالتَّسْبِ وَالْوَلَاءِ وَقُرْبِ الشُّكْنَى وَغَيْرِهِ وَتَعْدِ الذَّيَوَانِ النُّصْرَةَ بِالتَّسْبِ عَنْ مَا بَيَّنَّاهُ، وَعَلَى هَذَا يَخْرُجُ كَثِيرٌ مِنْ صُورِ مَسَائِلِ الْمَعَاقِلِ .

وَمَنْ جَنَى جَنَايَةَ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ، وَلَيْسَ لَهُ فِي الذَّيَوَانِ عَطَاءٌ، وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ، وَمَسْكَنُهُ الْمِصْرُ؛ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الذَّيَوَانِ مِنْ ذَلِكَ الْمِصْرِ لَمْ يُشْرَطْ أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الذَّيَوَانِ قَرَابَةٌ، قِيلَ هُوَ صَحِيبٌ لِأَنَّ الَّذِينَ يَذُبُّونَ عَنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَيَقُومُونَ بِنُصْرَتِهِمْ وَيَدْفَعُونَ عَنْهُمْ أَهْلُ الذَّيَوَانِ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ وَلَا يَخْصُونَ بِهِ أَهْلَ الْعَطَاءِ .

غاية البيان

قوله: (وَقُرْبِ الشُّكْنَى)، أي: لَا يَطْهَرُ مَعَ وجودِ الذَّيَوَانِ حُكْمُ التَّنَاصُرِ بِقُرْبِ الشُّكْنَى، كالتَّنَاصُرِ بِالذُّرُوبِ .

قوله: (وغيره)، أشار به إلى التَّنَاصُرِ بِالْحِرَافِ .

قوله: (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ)، إشارة إلى قوله: (وَمَنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ الذَّيَوَانِ؛ فَعَاقَلَتْهُ قَبِيلَتُهُ)، وَقَدْ مَرَّ الْبَيَانُ مُسْتَوْفَى ثَمَّةَ .

قوله: (وَمَنْ جَنَى جَنَايَةَ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ، وَلَيْسَ لَهُ فِي الذَّيَوَانِ عَطَاءٌ، وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ، وَمَسْكَنُهُ الْمِصْرُ^(١))؛ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الذَّيَوَانِ مِنْ [٢٤٩، ٢٥٠] ذَلِكَ الْمِصْرِ، ذَكَرَهُ أَيْضًا عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ .

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الْكَافِي» رحمته الله: «وَمَنْ جَنَى جَنَايَةَ مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ، وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ، وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ، وَمَسْكَنُهُ فِي الْمِصْرِ؛ عَقَلَ عَنْهُ أَهْلُ الذَّيَوَانِ مِنْ ذَلِكَ الْمِصْرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهِمْ عَطَاءٌ»^(٢) .

(١) فِي الْأَصْلِ: «فِي الْمِصْرِ»، وَالْمُبْتَدَأُ مِنْ: «وَأَنَّ»، وَ«يَا»، وَ«لَمْ»، وَ«وَلَمْ» .

(٢) يُنْظَرُ: «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [٥٣٩/ق] .

وَقِيلَ تَأْوِيهِ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُمْ، وَفِي الْكِتَابِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ حَيْثُ قَالَ: وَأَهْلُ
الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِ مِصْرَ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَيْهِمْ بِحُكْمِ الْقَرَابَةِ وَأَهْلُ
الْمِصْرِ أَقْرَبُ مِنْهُمْ مَكَانًا فَكَانَتْ الْقُدْرَةُ عَلَى النُّصْرَةِ لَهُمْ وَصَارَ نَظِيرُ مَسْأَلَةِ
الْغَيْبَةِ الْمُنْقَطِعَةِ.

وَلَوْ كَانَ الْبَدَوِيُّ نَازِلًا فِي الْمِصْرِ، لَا مَسْكَنَ لَهُ، لَا يَغْفُلُهُ أَهْلُ الْمِصْرِ.

عَلِيَّةُ الْبَيْتِ

اعْلَمْ: أَنَّ الْمَشَائِخَ عليه السلام اخْتَلَفُوا فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، فَبَعْضُهُمْ لَمْ يَشْتَرِطُوا أَنْ
يَكُونَ الْجَانِي قَرِيبًا لِأَهْلِ الدِّيْوَانِ، [بَلْ] ^(١) قَالُوا: عَقَلُوا عَنْهُ، سَوَاءٌ كَانَ قَرِيبًا
[لَهُمْ] ^(٢)، أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ بَيْنَ ظَهْرَانِيهِمْ؛ صَارَ كَالْعَدِيدِ وَالْحَلِيفِ لَهُمْ
وَبَعْضُهُمْ اشْتَرَطُوا ذَلِكَ، وَقَالُوا: عَقَلُوا عَنْهُ إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُمْ، وَهُوَ الْأَضَحُّ،
وَالِيهِ أَشَارَ الْحَاكِمُ عليه السلام فِي الْكِتَابِ حَيْثُ قَالَ: «وَأَهْلُ الْبَادِيَةِ أَقْرَبُ إِلَيْهِ ^(٣)، أَيْ
أَقْرَبُ إِلَيْهِ نَسَبًا مِنْ أَهْلِ الْمِصْرِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ هَكَذَا؛ اسْتَقَامَ الْوُجُوبُ عَلَى أَهْلِ
الدِّيْوَانِ بِاعْتِبَارِ الْقَرَابَةِ فِي النَّسَبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَطَاءٌ فِيهِمْ».

وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ أَقْرَبُ مَكَانًا، فَكَانُوا أَقْدَرُ عَلَى النُّصْرَةِ، وَإِنْ كَانَ أَهْلُ الدِّيَةِ
أَقْرَبَ نَسَبًا، وَصَارَ هَذَا بِمَنْزِلَةِ صَغِيرَةٍ لَهَا وَلِيَّانِ، أَحَدُهُمَا أَقْرَبُ، وَهُوَ غَائِبٌ غَيْبَةً
مُنْقَطِعَةً، فَإِنَّ وِلَايَةَ الْإِسْكَاحِ إِلَى الْأَبْعَدِ الْحَاضِرِ؛ لِأَنَّهُ أَقْدَرُ عَلَى إِقَامَةِ مَصَالِحِهِ،
فَهَذَا نَظِيرُ ذَلِكَ. كَذَا فِي «شرح الكافي».

قَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ الْبَدَوِيُّ نَازِلًا فِي الْمِصْرِ، لَا مَسْكَنَ لَهُ. لَا يَغْفُلُهُ أَهْلُ
الْمِصْرِ)، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ وَمَا بَعْدَهَا إِلَى قَوْلِهِ: (وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ)، مِنْ

(١) مَا بَيْنَ الْمُحْفُوظَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ ٤٠٨، وَ ٤٠٩، وَ ٤١٠، وَ ٤١١، وَ ٤١٢، وَ ٤١٣، وَ ٤١٤، وَ ٤١٥.

(٢) مَا بَيْنَ الْمُحْفُوظَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ ٤٠٨، وَ ٤٠٩، وَ ٤١٠، وَ ٤١١، وَ ٤١٢، وَ ٤١٣، وَ ٤١٤، وَ ٤١٥.

(٣) يَطْرُقُ «الْكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [٥٣٩/ق].

لأنَّ أَهْلَ الْعَطَاءِ لَا يَنْصُرُونَ مَنْ لَا مَسْكَنَ لَهُ فِيهِ ، كَمَا أَنَّ أَهْلَ الْبَادِيَةِ لَا تَعْقِلُ عَنْ أَهْلِ الْمِصْرِ النَّازِلِ فِيهِمْ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَنْصِرُ بِهِمْ .

وإنَّ كَانَ لِأَهْلِ الدِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوفَةٌ يَتَعَاقَلُونَ بِهَا ، فَتَقْتُلُ أَحَدَهُمْ قَتِيلًا ؛ فِدْيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُمْ التَّزَمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فِي الْمَعَامَلَاتِ

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

مسائل «الأصل» ، ذُكِرَتْ عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ ، وَ[إِنْ] ^(١) لَمْ تُذَكَّرْ فِي «الْبَدَايَةِ» .

قَالَ فِي [٤٩١/٣ ط] «شرح الكافي» : «وَلَوْ كَانَ الْبَدَوِيُّ نَازِلًا فِي الْمِصْرِ ، لَيْسَ لَهُ مَسْكَنٌ فِي الْمِصْرِ ؛ لَا يَتَعَقَّلُ عَنْهُ أَهْلُ الْعَطَاءِ ، كَمَا أَنَّ صَاحِبَ الْعَطَاءِ لَا يَتَعَقَّلُ عَنْهُ أَهْلُ الْبَادِيَةِ إِذَا كَانَ فِيهِمْ نَازِلًا ؛ لِأَنَّهُ [لَا] ^(٢) يَسْتَنْصِرُ بِهِمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَسْكَنُهُ فِيهِمْ .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ كَانَ لِأَهْلِ الدِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوفَةٌ يَتَعَاقَلُونَ بِهَا ، فَتَقْتُلُ أَحَدَهُمْ قَتِيلًا ؛ فِدْيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِ) .

قَالَ فِي «شرح الكافي» : «وَإِذَا كَانَ لِأَهْلِ الدِّمَّةِ عَاقِبَةٌ مَعْرُوفَةٌ يَتَعَاقَلُونَ بِهَا ، فَتَقْتُلُ أَحَدَهُمْ قَتِيلًا خَطَأً ؛ فِدْيَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّهُمْ فِي اسْتِحْقَاقِ التَّخْفِيفِ فِي أُمُورِ الدُّنْيَا بِمَنْزِلَةِ الْمُسْلِمِينَ لِمُسَاوَاةِهِمْ فِي الْمَعَانِي الْعَاصِمَةِ عَنِ الْأَضْرَارِ .

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ عَاقِلَةٌ ؛ فَقِي مَالُهُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ تَقْضَى بِهِ كَفَارَةُ الْمُسْلِمِ ؛ هَذَا فِي حَقِّ الدَّمِيِّ .

أَمَّا الْمُسْلِمُ إِذَا جَنَى [جناية] ^(٣) [٢٤٩/٨ م] وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ ؛ فَتَعَقُّلُهُ فِي ^(٤)

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، وَ«غ» ، وَ«فَا» ، وَ«م» ، وَ«ر» .

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «فَا» ، وَ«م» ، وَ«غ» ، وَ«ر» .

(٣) فِي الْأَصْلِ «أَهْل» ، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ : «ن» ، وَ«فَا» ، وَ«غ» ، وَ«م» ، وَ«ر» .

(٤) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ : «ن» ، وَ«غ» ، وَ«فَا» ، وَ«م» ، وَ«ر» .

(٥) فِي الْأَصْلِ «عَلَى» ، وَلَمْ يَثْبُتْ مِنْ : «ن» ، وَ«فَا» ، وَ«غ» ، وَ«م» .

لَا يَتَعَدَّ فِي الْمَعَالِي الْعَاصِمَةُ عَنِ الْإِضْرَارِ ، وَمَعْنَى التَّنَاصُرِ مُرْجُوعٌ فِي حَقِّهِ

(فَرِنْ لَهُ تَكُنْ لَهُمْ عَاقِبَةُ مَعْرُوفَةٍ قَالِدِيَّةٌ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ بَيْنَيْنِ مِنْ يَوْمِ
يُنْقَضِي بِهَا عَمَلُهُ) كَمَا فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ لِمَا يَتَنَا أَنْ الْوُجُوبَ عَلَى الْقَاتِلِ أَنْ يَنْتَهِ
تَحَوُّلُ عَنْهُ إِلَى الْعَاقِبَةِ أَنْ تَرَوْجِدَتْ ، فَإِذَا لَمْ تُوجَدْ يَتَيَقَّنُ بِمَرَلَةِ تَاخِرِينَ مُسْلِمِينَ
فِي دَارِ الْحَرْبِ [٥٠٠] قَتَلَ أَحَدَهُمَا صَاحِبَهُ ، يُنْقَضِي بِالدَّيَّةِ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ ؛ لِأَنَّ
قَتْلَ دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَعْقِلُونَ عَنْهُ ، وَتَحْكُمُهُ مِنْ هَذَا الْقَتْلِ لَيْسَ بِضَرَرَتِهِمْ .

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

بَيْتُ نَعْلٍ ، وَهُوَ الظَّاهِرُ ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : أَنَّهُ يَجِبُ فِي مَالِ الْجَانِي ،
وَسِيحِيَّةٌ ذَمٌّ عِنْدَ بَوَلِهِ : (قَالَ أَصْحَابُنَا : إِنْ الْقَاتِلُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ ، قَالِدِيَّةٌ فِي
بَيْتِ الْمَالِ) .

قَوْلُهُ : (فِي الْمَعَالِي الْعَاصِمَةُ عَنِ الْإِضْرَارِ) ، أَرَادَ بِهَا : حَدَّ الثَّرَقَةِ ، وَالْقَذْفِ ،
وَالْغَضَبِ ، وَالْوُجُوبِ الدِّيَّةِ .

قَوْلُهُ : (بِمَرَلَةِ تَاخِرِينَ مُسْلِمِينَ قَتَلَ أَحَدَهُمَا صَاحِبَهُ ، يُنْقَضِي بِالدَّيَّةِ عَلَيْهِ فِي
مَالِهِ) ، إِنَّمَا أَطْرَقَ الْقَتْلُ لِشَمَلِ الْعَقْدِ وَالْحَطَأِ ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ تَحِبُّ فِي مَالِهِ ، سَوَاءٌ
كَانَ قَتْلُهُ عِنْدَ أَوْ حَطَأً ، لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُ جَسَادَةً وَقَعَتْ فِي دَارِ الْحَرْبِ ، وَهِيَ
صَاحِبُ الْكَرْحِيِّ فِي «مَحْتَصَرِهِ» فِي كِتَابِ السِّيَرِ .

قَوْلُهُ : (وَتَحْكُمُهُ مِنْ هَذَا الْقَتْلِ لَيْسَ بِضَرَرَتِهِمْ) ، أَيُّ تَمَكُّنُ أَحَدِ التَّحَرِّينِ
مِنْ حَيْثُ فِي دَارِ الْحَرْبِ مِنْ «قَتْلِ صَاحِبِهِ» ، لَيْسَ سُضْرَةً أَهْلِ الْإِسْلَامِ ، فَلَا
يُعْطَى عَنْهُ أَهْلُ الْإِسْلَامِ ، بَلْ تَحِبُّ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ .

(١) فِي الْأَسْلِ ١٠٠ حَسْبِ ١٠٠ وَنَحْنُ مِنْ ١٠٠ ، وَ ١٢٥ ، وَ ١٤٠ ، وَ ١٥٠ ، وَ ١٦٠ .

(٢) فِي الْأَسْلِ ١٠٠ حَسْبِ ١٠٠ وَنَحْنُ مِنْ ١٠٠ ، وَ ١٢٥ ، وَ ١٤٠ ، وَ ١٥٠ ، وَ ١٦٠ .

وَلَا يَغْفِلُ كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ، وَلَا مُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ لِعَدَمِ التَّنَاصُرِ وَالْكَفَرِ
بِتَعَاقُلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمْ لِأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ.

قَالُوا: هَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ الْمُعَادَاةُ فِيمَا بَيْنَهُمْ ظَاهِرَةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً
كَالْيَهُودِ وَالنَّصَارَى يَنْبَغِي أَنْ لَا يَتَعَاقِلُونَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي
يُوسُفَ لِنَقْطَاعِ التَّنَاصُرِ.

وَلَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ، فَجُعِلَ دِيْوَانُهُ بِالْبَصْرَةِ،
ثُمَّ رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي؛ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ.

وَقَالَ زُفَرٌ: يُقْضَى عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ،
لِأَنَّ الْمُوجِبَ هُوَ الْجِنَايَةُ وَقَدْ تَحَقَّقَ وَعَاقِلَتُهُ أَهْلُ الْكُوفَةِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا حُرِّلَ
بَعْدَ الْقَضَاءِ.

في نهاية الباب

قَوْلُهُ: (وَلَا يَغْفِلُ كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ، وَلَا مُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ لِعَدَمِ التَّنَاصُرِ)، وَذَلِكَ
لِأَنَّ بِنَاءَ الْعَقْلِ عَلَى التَّنَاصُرِ، وَلَا تَنَاصُرَ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاء الدين الإِسْمَاعِيلِيُّ رحمته الله: «وَلَا يَغْفِلُ مُسْلِمٌ عَنْ كَافِرٍ،
وَلَا كَافِرٌ عَنْ مُسْلِمٍ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنَاصُرَ بَيْنَهُمْ، وَالْكَفَرُ يَتَعَاقِلُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ، وَإِنْ
اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمْ؛ لِأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ، هَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ لِمُعَادَاةٍ بَيْنَهُمْ ظَاهِرَةً،
أَمَّا إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً كَالْيَهُودِ مَعَ النَّصَارَى؛ يَنْبَغِي أَلَّا يَغْفِلَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، وَهَكَذَا
رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ». كَذَا فِي «مَشْرِحِ الْكَافِي».

قَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ، فَجُعِلَ دِيْوَانُهُ
بِالْبَصْرَةِ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَى الْقَاضِي؛ فَإِنَّهُ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ).

وَقَالَ زُفَرٌ: يُقْضَى عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله،

وَلَنَا أَنَّ الْمَالَ إِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ الْقَضَاءِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَاجِبَ هُوَ الْعَقْلُ
وَبِالْقَضَاءِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمَالِ، وَكَذَا الْوُجُوبُ عَلَى الْقَائِلِ وَتَحْمَلُ عَنْهُ عَاقِلَتُهُ،
وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَحَمَّلُ عَنْهُ مَنْ يَكُونُ عَاقِلَتُهُ عِنْدَ الْقَضَاءِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ
الْقَضَاءِ لِأَنَّ الْوَاجِبَ قَدْ تَقَرَّرَ بِالْقَضَاءِ فَلَا يَنْتَقِلُ بَعْدَ ذَلِكَ، لَكِنَّ حِصَّةَ الْقَائِلِ
تُؤْخَذُ مِنْ عَطَائِهِ بِالنَّصْرِ لِأَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنَ الْعَطَاءِ وَعَطَاؤُهُ بِالنَّصْرِ، بِخِلَافِ مَا
إِذَا قُلَّتِ الْعَاقِلَةُ بَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِمْ حَيْثُ يُضْمُّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ الْقَبَائِلِ فِي السَّبَبِ،
لِأَنَّ فِي النِّقْلِ إِنْطِلَالَ حُكْمِ الْأَوَّلِ فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ، وَفِي الضَّمِّ تَكْثِيرُ الْمُتَحَمِّلِينَ
لِمَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ فَكَانَ فِيهِ تَقْرِيرُ الْحُكْمِ الْأَوَّلِ لَا يُبْطَلُ.

غاية البيان

وذلك لأنَّ وجوب العقل على العاقلة بجنابة الجاني، وهو القتل^(١) الصادر عنه،
وحين وُحِدَتِ الْجِنَايَةُ مِنْهُ، كَانَتْ عَاقِلَتُهُ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ، فَلَا يَتَحَوَّلُ الْعَقْلُ عَنْهُمْ
إِلَى أَهْلِ الْبَصْرَةِ [٤٩٢/٣]، كما لو قُضِيَ الْقَاضِي بِالْعَقْلِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ
الْكُوفَةِ، ثُمَّ جُعِلَ دِيْوَانُهُ بِالْبَصْرَةِ، لَا يَتَحَوَّلُ الْعَقْلُ إِلَيْهِمْ، فَكَذَا هَذَا.

ولنا: أَنَّ الدِّيَّةَ إِنَّمَا تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ بِالْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ الْوُجُوبَ لَا يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِمْ
قَبْلَ الْقَضَاءِ عَلَى مَا مَرَّ بَيَانُهُ، وَالْجَانِي يَوْمَ الْقَضَاءِ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ، فَيَجِبُ الْعَقْلُ
عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا [٢/٥٠١/٨] قُضِيَ بِالدِّيَّةِ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ
أَهْلِ الْكُوفَةِ، ثُمَّ حُوِّلَ عَطَاؤُهُ إِلَى دِيْوَانِ الْبَصْرَةِ، كَانَتْ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ مِنْ أَهْلِ
الْكُوفَةِ لَا تَنْتَقِلُ عَنْهُمْ؛ لِأَنَّ الْوُجُوبَ قَدْ تَقَرَّرَ عَلَيْهِمْ بِالْقَضَاءِ، وَلَكِنْ يُؤْخَذُ فِي
حِصَّةِ الْقَائِلِ مِنْ عَطَائِهِ بِالْبَصْرَةِ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ تُؤْخَذُ مِنَ الْعَطَاءِ، وَعَطَاؤُهُ بِالْبَصْرَةِ.

ولو قُلَّتِ الْعَاقِلَةُ بَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِمْ، وَقَدْ أُخِذَ الْبَعْضُ مِنْهُمْ؛ ضَمَّ إِلَيْهِمْ أَقْرَبُ
الْقَبَائِلِ مِنْهُمْ فِي السَّبَبِ، وَلَا يُشْبِهُ فَلَهُمْ تَحْوِيلُهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، حَيْثُ يَجُوزُ الْحَاقُّ

(١) في الأصل «القتل»، والمثبت من «القتل»، و«القتل»، و«القتل»، و«القتل».

وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مَسْكَنَهُ بِالْكُوفَةِ، وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ، فَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ حَتَّى اسْتَوْطَنَ الْبَصْرَةَ؛ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الْبَصْرَةِ.

وَلَوْ كَانَ قُضِيَ بِهَا عَلَى أَهْلِ الْكُوفَةِ لَمْ يَنْتَقِلْ عَنْهُمْ، وَكَذَا الْبَدَوِيُّ إِذَا أُلْحِقَ بِالدِّيَّانِ بَعْدَ اقْتِلَالِ قَبِيلِ الْقَضَاءِ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ، وَيَعْدُ الْقَضَاءُ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالْبَادِيَةِ لَا يَتَحَوَّلُ عَنْهُمْ. [١/٢٨٢]

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ؛ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، ثُمَّ جَعَلَهُمُ الْإِمَامُ فِي الْعَطَاءِ، حَيْثُ تَصِيرُ الدِّيَةُ فِي

شَايَةِ الْمِيَاثِ

قَوْمٌ بِهِمْ بَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِمْ بِعِلَّةِ الْقِلَّةِ، وَلَا يَجُوزُ النُّقْلُ بَعْدَ الْقَضَاءِ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ.

وَالْفَرْقُ ظَاهِرٌ؛ لِأَنَّ فِي الثَّقَلِ إِبْطَالَ الْحُكْمِ الْأَوَّلِ، فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ، وَفِي الصَّمِّ تَكْثِيرُ الْمُتَحَمِّلِينَ لِمَا قُضِيَ مِنَ الرَّاجِبِ عَلَيْهِمْ، فَكَانَ فِيهِ تَقْرِيرُ الْحُكْمِ الْأَوَّلِ لَا إِبْطَالُهُ. كَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِيحَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي».

قَوْلُهُ: (وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مَسْكَنَهُ بِالْكُوفَةِ، وَلَيْسَ لَهُ عَطَاءٌ، فَلَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ حَتَّى اسْتَوْطَنَ الْبَصْرَةَ؛ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الْبَصْرَةِ)، أَيُّ: عَلَى الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ.

بَعْنِي: لَوْ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الْكُوفَةِ، لَمْ يَتَحَوَّلْ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَى أَهْلِ الْبَصْرَةِ، وَلَوْ يَمْ يُقْضَى عَلَيْهِمْ حَتَّى اسْتَوْطَنَ الْبَصْرَةَ تَحَوَّلَ إِلَى أَهْلِ الْبَصْرَةِ، وَكَذَا الْبَدَوِيُّ إِذَا أُلْحِقَ بِالدِّيَّانِ بَعْدَ الْقَتْلِ قَبْلَ الْقَضَاءِ؛ يُقْضَى بِالدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ، وَبَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَى عَاقِلَتِهِ بِالْبَادِيَةِ لَمْ يَتَحَوَّلْ عَنْهُمْ إِلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ.

قَوْلُهُ: (وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ؛ قُضِيَ بِالدِّيَةِ عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، ثُمَّ جَعَلَهُمُ الْإِمَامُ فِي الْعَطَاءِ، حَيْثُ تَصِيرُ الدِّيَةُ فِي

أَعْطِيَانِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ قُضِيَ بِهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ فِي أَمْوَالِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَقْضُ الْقَضَاءِ
الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ قَضِيَ بِهَا فِي أَمْوَالِهِمْ وَأَعْطِيَانَهُمْ أَمْوَالُهُمْ ، عَمَرَ أَنَّ الدِّيَّةَ تُقْضَى مِنْ
أَيْسَرِ الْأَمْوَالِ آدَاءً ، وَالْآدَاءُ مِنَ الْعَطَاءِ أَيْسَرُ إِذَا صَارُوا مِنْ أَهْلِ الْعَطَاءِ إِلَّا إِذَا
لَمْ يَكُنْ مَالُ الْعَطَاءِ مِنْ جَنْسٍ مَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِ بِأَنْ كَانَ الْقَضَاءُ بِالْإِبْلِ وَالْعَطَاءُ
دَرَاهِمَ فَحِينَئِذٍ لَا تَتَحَوَّلُ إِلَى الدَّرَاهِمِ أَبَدًا لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ الْقَضَاءِ الْأَوَّلِ ،
لَكِنْ يُقْضَى ذَلِكَ مِنْ مَالِ الْعَطَاءِ لِأَنَّهُ أَيْسَرُ .

غاية البيان

أَعْطِيَانِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ قُضِيَ بِهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ فِي أَمْوَالِهِمْ ، أَي : هَذَا الَّذِي قُلْنَا مِنْ عَدَمِ
انْتِقَالِ الْعَقْلِ عَنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ بَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِمْ إِلَى أَهْلِ الْبَصْرَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا
قُضِيَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ بِالدِّيَّةِ فِي أَمْوَالِهِمْ ، ثُمَّ صَارَ لَهُمْ عَطَاءٌ ، حَيْثُ تَسْتَقِلُّ
الدِّيَّةُ إِلَى عَطَائِهِمْ .

وبيانه : فيما قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسينجاني رحمه الله في «شرح
الكافي» : «وَلَوْ أَنَّ قَوْمًا مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ قُضِيَ عَلَيْهِمْ بِالدِّيَّةِ فِي أَمْوَالِهِمْ ثَلَاثَ سِنِينَ ،
فَأَذُوا الثُّلُثَ ، أَوْ الثَّلَاثِينَ ، أَوْ لَمْ يُؤْذُوا شَيْئًا حَتَّى جَعَلَهُمُ الْإِمَامُ فِي الْعَطَاءِ ؛ صَارَتْ
الدِّيَّةُ عَلَيْهِمْ فِي أَعْطِيَانِهِمْ ، وَإِنْ كَانَ قُضِيَ أَوَّلَ مَرَّةٍ [٢٥٠/٨] فِي أَمْوَالِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ
لَيْسَ فِي حَقْلِ الدِّيَّةِ فِي أَعْطِيَانِهِمْ تَقْضُ [١٢/٣] الْقَضَاءِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ قُضِيَ بِالدِّيَّةِ
عَلَيْهِمْ فِي أَمْوَالِهِمْ ، وَأَعْطِيَانَهُمْ أَمْوَالُهُمْ غَيْرَ أَنَّ الدِّيَّةَ تُؤَدَّى مِنْ أَيْسَرِ الْأَمْوَالِ ،
وَالْآدَاءُ مِنَ الْعَطَاءِ فِي حَالِ صَارُوا مِنْ أَهْلِ الْعَطَاءِ أَيْسَرُ .

وهذا إِذَا كَانَ مَالُ الْعَطَاءِ مِنْ جَنْسٍ مَا قُضِيَ بِهِ عَلَيْهِمْ ، بِأَنْ قُضِيَ بِالدَّرَاهِمِ ،
أَوْ بِالْدَنَانِيرِ ، وَالْعَطَاءُ دَرَاهِمُ . أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مِنْ جَنْسِهِ ، بِأَنْ قُضِيَ بِالْإِبْلِ وَالْعَطَاءُ
دَرَاهِمُ ؛ لَمْ يَتَحَوَّلِ الْعَقْلُ إِلَى دَرَاهِمِ أَبَدًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَحَوَّلَ إِلَى الدَّرَاهِمِ يُؤَدَّى إِلَى
إِبْطَالِ الْقَضَاءِ الْأَوَّلِ ، وَلَكِنْ تُؤَدَّى الْإِبِلُ مِنْ مَالِ الْعَطَاءِ ، بِأَنْ تُشْتَرَى الْإِبِلُ مِنْ مَالِ

في لغة البيان

نفسه يظهر أن النسب لم يزل كان ثابتاً من الأب ؛ لأن دليل النسب في حق الأب كان قائماً ، ولكن قُطِعَ مع هذا بحكم التلاعس ، فمتى بطل حكم اللعان من الأصل يركّز كذاب نفسه ؛ ظهر [٢٥١/٨م] حكم النسب من الأصل ضرورة .

ومنى ظهر هكذا نبين أن قوم الأم تحمّوا عن قوم الأب ، وهم مضطرون في ذلك ، بالزام القاضي ، ويرجعون عليهم ، فإن^(١) من أدّى ذنب غيره ، وهو مضطر في ذلك ؛ يرجع عليه ، وبخلاف ما إذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر ، فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه ، فعقل عنه قوم أمه ، ثم أدت الكتابة ؛ لأنه عند الأداء يتجرّ ولاؤه إلى قوم الأب من وقت حرّية الأب ، وإنما يحكم بحرّيته في آخر حياته ، فتبسّر أن قوم الأم عقلوا عنهم ، فيرجعون عليهم .

وفرق بين هذه المسألة ، وبين ما إذا كان من أهل مضر فجنى ، ثم تحول إلى مضر آخر ، ثم قضى القاضي بالحياة ؛ فإن القاضي يقضي بالحياة [٤٩٣/٢] على القوم الذين تحول إليهم ، ولا ينظر إلى وقت الحياة ، وفيما نحن فيه ينظر إلى وقت الحياة .

ولفرق : أن ولّاه ثابت من قوم الأب ، ومن قوم الأم ، وإنما يستقيم الترجيح لقوم الأب إذا أمكن إثبات حكم الترجيح ، ولا يمكن^(٢) هاهنا ؛ لعدم ولّاء الأب أصلاً عند الحياة .

والحاصل : أن حالة الحياة مراعى ، وحالة الوجوب مراعى ، وعلى اعتبار الحالين الوجوب على قوم الأم أولي ؛ لأنه مؤلّى لهم من كل وجه عند الحياة ،

(١) في الأصل « بأن » ، والمثبت من « د » ، ولا « ما » ، « د » ، « م » ، « د » .

(٢) في الأصل « بدم » ، والمثبت من « د » ، ولا « ما » ، « د » ، « م » ، « د » .

قال وَمَوْلَى الْمُوَالَاةِ يَغْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاةٌ وَفَبَيْلَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَلَا يَتَنَاصَرُ بِهِ فَأُشْبِهَ

عَنْهُ مَوْلَاةٌ وَفَبَيْلَتُهُ

وَمِنْ وَجْهِ عِنْدَ الْقَضَاءِ ، وَفِي أَهْلِ الْمِصْرَيْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ عَقْدَةٌ فِي حَالِ دُونَ حَالٍ ، فَصَارَ اعْتِبَارُ حَالِ الْحُكْمِ أَوَّلَى^(١) كَذَا فِي «الشرح الكافي» .

قوله: (قال: وَمَوْلَى الْمُوَالَاةِ يَغْقِلُ عَنْهُ مَوْلَاةٌ وَفَبَيْلَتُهُ) ، أي: قال القُدُورِيُّ رحمته الله في «مختصره»^(٢) .

وقال الشافعي رحمته الله: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ^(٣) .

لنا. أَنَّهُ وَلَا يَتَنَاصَرُ بِهِ ، فَجَارَ أَنْ يَتَحَمَّلَ بِهِ الدِّيَّةَ كَوَلَاءِ الْعَتَاقَةِ ، وَهَذِهِ اِمْسَالَةٌ مَنِيَّةٌ عَلَى [أَنْ عَقْدَ]^(٤) الْمُوَالَاةِ صَحِيحٌ عِنْدَنَا ، يَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ صَاحِبَهُ ، وَنُصْرُهُ جِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رحمته الله^(٥) .

قالوا: نَوْعُ عَقْدٍ ، فَلَا يَكُونُ سَبَبًا لِتَحْمُلِ الْعَقْلِ كَسَائِرِ الْعُقُودِ .

قلنا: لَا يَمْتَنِعُ أَنْ يُفَارِقَ هَذَا الْعَقْدُ سَائِرَ الْعُقُودِ فِي التَّحْمُلِ وَالْإِرْثِ ، كَمَا أَنَّ الْكَأَحَ فَارَقَ الْإِجَارَةَ وَغَيْرَهَا فِي الْإِرْثِ ، ثُمَّ سَائِرُ الْعُقُودِ لَا تَنْعَقِدُ عَلَى النُّصْرَةِ ، وَالْمِيرَاثُ لَا يَتَصَمَّنُهُمَا^(٦) ، وَهَذَا الْعَقْدُ يَتَصَمَّنُ التَّوَارِثَ وَالتَّنَاصُرَ .

فإن قيل: لَيْسَ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ ، فَلَا يَتَحَمَّلُ أَحَدُهُمَا عَنْ صَاحِبِ الدِّيَّةِ كَالْأَجْسِيِّ .

قبل له: الْأَجْنَبِيُّ إِنْ كَانَ يَنْتَصِرُ اِمْتِاقًا بِهِ يَتَحَمَّلُ عَنْهُ عِنْدَنَا كَأَهْلِ الدِّيَّانِ [٢٥١/٨ م] ، وَإِنْ كَانَ لَا يَنْتَصِرُ بِهِ لَا يَتَحَمَّلُ عَنْهُ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا: وَجُودُ النُّصْرَةِ فِي

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٣٩/ق] .

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [١٩٤/م] .

(٣) ينظر: «مختصر العربي» [٣٥٥/٨] ، و«روضة الطالبين» لسبوي [٣٤٩/٩] .

(٤) في الأصل: «عقده» ، والمثبت من «ن» ، و«٢٥» ، و«ع» ، و«م» .

(٥) ينظر: «العزیز شرح الوجيز» للرافعي [٣٨٦/١٣] .

(٦) في الأصل: «يتصمَّنهما» ، والمثبت من «ن» ، و«٢٥» ، و«لغ» ، و«م» .

وَلَاءُ الْعَتَاقَةِ، وَفِيهِ خِلَافُ الشَّافِعِيِّ

مادة البوار

أحدهما دون الآخر.

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأشيبجاوي رحمته الله في «شرح الكافي»: «حَرَبِيٌّ أَسْلَمَ وَوَالَى مُسْلِمًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، ثُمَّ جَنَى جِنَايَةً، عَقَلَ عَنْهُ عَاقِلَةٌ أَلَدِيٌّ وَآلَهُ، فَإِنْ عَقَلُوا عَنْهُ، أَوْ لَمْ يُقْضَ بِهَا حَتَّى أُسِرَ أَبُوهُ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ، فَشْتَرَاهُ رَجُلٌ فَأَعْتَقَهُ، جَرَّ وَلَاءُ ابْنِهِ، وَصَارَ مَوْلَى لِمَوَالِي أَبِيهِ، وَلَا يَرْجِعُ عَاقِلَةُ الْأَدِيِّ [كَانَ]»^(١) وَلَاؤُهُ عَلَى عَاقِلَةِ مَوَالِي الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ حَادِثٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قُضِيَ بِهَا عَلَيْهِمْ، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ؛ لِأَنَّهُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ كَانَ مَوْلَى لَهُمْ.

وكذلك لو حَفَرِيثٌ قَبْلَ أَنْ يُؤَسَّرَ أَبُوهُ، ثُمَّ وَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ بَعْدَ عِتْقِهِ، فَذَلِكَ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَدِيِّ وَآلِهِ دُونَ عَاقِلَةِ أَبِيهِ؛ لِأَنَّ حَالَةَ الْجِنَايَةِ هِيَ حَالَةُ الْحَفْرِ، وَنَدَّ وَجَدَ يَوْمئِذٍ، وَهُوَ مَوْلَى لَهُمْ».

وقال أيضًا: «ذِمِّيٌّ أَسْلَمَ وَلَمْ يُوَالِ أَحَدًا حَتَّى قَتَلَ قَتِيلًا حَطًّا، فَلَمْ يُقْضَ بِهِ حَتَّى وَالَى رَجُلًا مِنْ بَنِي نَمِيمٍ، ثُمَّ جَنَى جِنَايَةً أُخْرَى؛ فَهِيَ يَقْضَى بِهَا لِحَابَتَيْنِ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَيُجْعَلُ وَلَاؤُهُ لْجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَيَتَطَّلُ وَلَاؤُهُ لَدِيٍّ وَآلِهِ، لِأَنَّهُ لَمَّا جَنَى جِنَايَةً لَزِمَ حُكْمُ ذَلِكَ جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّهُ مَوْلَى لْجَمِيعِ الْمُسْلِمِينَ، وَنَدَّ تَأَكَّدَ ذَلِكَ بِلُزُومِ حُكْمِ الْحَنَابَةِ [يَا هُمْ، فَلَا يَقْدِرُ أَنْ يَتَحَوَّلَ بَوْلَاؤُهُ إِلَى غَيْرِهِمْ، كَمَا] ٤٩٣، ٣١ لو وَالَى رَجُلًا ثُمَّ جَنَى، [ثُمَّ وَالَى آخَرَ]»^(٢)، لَا يَصِحُّ وَلَاؤُهُ مَعَ غَيْرِهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي حُكْمَ الْجِنَايَةِ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَوْلَى لَهُمْ يَوْمَئِذٍ، فَتَقَرَّرَ حُكْمُ وَلَائِهِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِنْ يَوْمَئِذٍ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ وَالَى غَيْرَهُمْ.

(١) ما بين المعقوفين ريادة من: «ن»، «ع»، «و»، «ر»، «ف»، «م».

(٢) في الأصل، «وَالَى الْآخَرَ»، والمثبت من: «ن»، «و»، «ع»، «ف»، «م»، «و»، «ر».

وَقَدْ مَرَّ فِي الْوَلَاءِ .

وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ أَقْلَ مَنْ يَضْمُ عَشْرَ الدِّيَةِ ، وَتَعْقِلُ ^(١) نَصْفَ الْعَشْرِ فَصَاعِدًا .

عَنْ أَبِي لَيْسَانَ

وَهُوَ مَوْلَى لَهُمْ عَلَى الزُّرُومِ ، فَكَانَ بَاطِلًا .

قَوْلُهُ : (وَقَدْ مَرَّ فِي الْوَلَاءِ) ، يَعْنِي : أَنَّ عَقْدَ الْمُوَالَاةِ لَيْسَ بِشَيْءٍ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

قَوْلُهُ : (وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ أَقْلَ مَنْ يَضْمُ عَشْرَ الدِّيَةِ ، وَتَعْقِلُ نَصْفَ الْعَشْرِ

فَصَاعِدًا) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ الْقُدُورِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٢) .

وَذَلِكَ لِمَا قَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي كِتَابِ «الْأَثَارِ» : أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيفَةَ عَنْ حَمَّادٍ عَنْ

إِبْرَاهِيمَ ، قَالَ : «لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ فِي أَذْنَى مِنَ الْمُوضِحَةِ» ^(٣) وَأَرْشُ الْمُوضِحَةِ :

يُضْفُ [٨ / ٢٥٧ م] عَشْرَ بَدَلِ النَّفْسِ .

وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي كُتُبِهِمْ : عَنْ أَبِي عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَوْقُوفًا وَمَرْفُوعًا قَالَ : «لَا

تَعْقِلُ الْمَوَاقِلُ عَمْدًا ، وَلَا عَبْدًا ، وَلَا صُلْحًا ، وَلَا اغْتِرَافًا ، وَلَا مَا دُونَ أَرْشِ

الْمُوضِحَةِ» ^(٤) .

وَلَكِنْ ذَكَرَ أَبُو عُبَيْدٍ هَذَا الْحَدِيثَ بِإِسَادِهِ إِلَى الشَّعْبِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَحَقَّاهُ مِنْ

كَلَامِهِ ، وَاسْمُ يَذْكُرُ فِيهِ قَوْلُهُ : «وَلَا مَا دُونَ أَرْشِ الْمُوضِحَةِ» . قَالَ : حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ

إِدْرِيسَ ، عَنْ مُطَرِّبٍ ، عَنْ الشَّعْبِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ : «لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا ، وَلَا عَبْدًا ، وَلَا

صُلْحًا ، وَلَا اغْتِرَافًا» ^(٥) .

قَوْلُهُ : «عَمْدًا» ، يَعْنِي : أَنَّ كُلَّ حَنَابَةِ عَمْدًا لَسْتُ سَحَطًا ، فَإِنَّهَا فِي مِلِّ الْجَانِي

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ : «نَحْ» ، أَصَحُّ : وَتَعْقِلُ .

(٢) يَنْظُرُ : «مَحْتَصِرُ الْقُدُورِيِّ» [ص / ١٩٤] .

(٣) أَخْرَجَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي «الْأَثَارِ» [٢ / ٤٩٨] طَبْعَةُ دَارِ لُؤْدِ ، يَهْدِي الْإِسَادِيهِ .

(٤) مَضَى تَخْرِيجُهُ .

وَالْأَصْلُ فِيهِ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ مَوْقُوفًا عَلَيْهِ وَمَرْفُوعًا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . «لَا تَعْقِلُ الْعَوَاقِلُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا وَلَا صُحْحًا وَلَا اعْتِرَافًا وَلَا مَا دُونَ

﴿ هَاهُ الْبَيْتُ ﴾

[خَاصَّةً] (١) .

وَكَذَلِكَ الصُّلْحُ مَا اضْطَلَعُوا عَلَيْهِ مِنْ لُجْنِيَّاتٍ فِي الْخَطَا، فَهُوَ أَيْضًا فِي مَالِ الْجَانِي .

وَكَذَلِكَ الْاعْتِرَافُ إِذَا اعْتَرَفَ الرَّحْلُ بِالْجِنَايَةِ مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ تَقُومُ عَلَيْهِ فَإِنَّهَا فِي مَالِهِ، وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهَا خَطَأٌ، لِأَنَّهُ لَا يُصَدَّقُ الرَّجُلُ عَلَى الْعَاقِلَةِ .

وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَلَا عَبْدًا»، قَالَ أَبُو عُبَيْدٍ: «فَإِنَّ النَّاسَ قَدْ اخْتَلَفُوا فِي تَأْوِيلِهِ، فَقَالَ [لِي] (٢) مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ رَحِمَهُ اللَّهُ: «إِنَّمَا مَعْنَاهُ: أَدُ يُقْتَلُ الْعَبْدُ حُرًّا، فَلَيْسَ عَلَى عَاقِلَةٍ مَوْلَاهُ شَيْءٌ مِنْ جِنَايَةِ عَبْدِهِ، إِنَّمَا جِنَايَتُهُ فِي رَقَبَتِهِ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى الْمَخْنِيِّ عَلَيْهِ أَوْ يَقْدِبَهُ . وَاحْتَجَّ مُحَمَّدٌ ﷺ فِي ذَلِكَ بِشَيْءٍ رَوَاهُ عَرَبِيٌّ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ، قَالَ مُحَمَّدٌ: حَدَّثَنِي عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ [أَبِي الزُّنَادِ] (٣) عَنْ أَبِيهِ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ قَالَ: «لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا، وَلَا صُحْحًا، وَلَا اعْتِرَافًا، وَلَا مَا جَنَى الْمَمْلُوكُ» (٤) .

قَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: أَفَلَا تَرَى أَنَّهُ قَدْ جَعَلَ الْجِنَايَةَ جِنَايَةَ الْمَمْلُوكِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُمَا اللَّهُ .

(١) مَا بَيْنَ الْمُقْوَمِينَ زِيَادَةً مِنْ «ن»، وَ«ع»، وَ«أ»، وَ«م»، وَ«و» .

(٢) مَا بَيْنَ الْمَمْلُوكِينَ زِيَادَةً مِنْ «أ»، وَ«ن»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«و» . وَهُوَ الْمَوَافِقُ لِمَا وَقَعَ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ، لِأَبِي حَنِيفَةَ .

(٣) فِي الْأَصْلِ: «زِيَادَةً»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «أ»، وَ«م»، وَ«و»، وَهُوَ الْمَوَافِقُ لِمَا وَقَعَ فِي غَرِيبِ الْحَدِيثِ، لِأَبِي حَنِيفَةَ .

(٤) مَضَى تَخْرِيجَهُ

قَالَ: وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ، يَكُونُ فِي مَالِ الْجَانِي.

غاية البيان

يَعْنِي: أَنَّ تَحْمِيلَ الْعَاقِلَةِ لِلأَرْضِ لِلتَّحْقِيفِ عَلَى الْقَاتِلِ، كَيْلًا يَلْزَمُ الْإِجْحَافَ بِهِ بِإِجَابِ الْمَالِ الْكَثِيرِ، وَلَا يَلْزَمُ الْإِجْحَافُ فِي الْمَالِ الْقَلِيلِ، فَلَا تَتَحَمَّلُ مَا دُونَ أَرْضِ الْمُوضِحَةِ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ الْفَضْلُ فِي أَرْضِ الْمُوضِحَةِ وَمَا دُونَهُ فِي التَّحْمِيلِ وَعَلَيْهِ بِالسَّمْعِ، وَهُوَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ إِبْرَاهِيمَ وَغَيْرِهِ رضي الله عنه، نَحْوُ إِجْبَابِ الْغُرَّةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي الْحَنِينِ، وَهُوَ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ.

وَيَذُلُّ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ النَّظَرِ: أَنَّ مَا دُونَ الْمُوضِحَةِ لَيْسَ لَهُ أَرْضٌ مُقَدَّرٌ فِي نَفْسِهِ، [فَأَشْبَهَ ضَمَانَ الْأَمْوَالِ لَمَّا لَمْ يَكُنْ لَهَا تَقْدِيرٌ فِي أَنْفُسِهَا، لَزِمَ فِي مَالِهِ دُونَ عَاقِلَتِهِ، وَمَا كَانَ لَهَا أَرْضٌ مُقَدَّرٌ فِي نَفْسِهِ] ^(١)، فَهُوَ مُشَبَّهٌ لِلنَّفْسِ لِكُونِهِ مُقَدَّرًا فِي نَفْسِهِ، فَكَانَ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

فَإِنْ قِيلَ: أَرْضُ الْأَنْمَلَةِ مُقَدَّرٌ، وَهُوَ ثُلُثُ دِيَةِ الْأَضْبَعِ، فَيَتَّبِعُنِي أَنْ تَحْمِلَهُ الْعَاقِلَةُ. قِيلَ لَهُ: لَيْسَ أَرْضُهَا مُقَدَّرًا بِنَفْسِهَا، بَلْ هُوَ مُقَدَّرٌ بِغَيْرِهَا، وَهُوَ الْأَضْبَعُ، وَنَحْنُ إِنَّمَا شَبَّهْنَا مَا دُونَ الْمُوضِحَةِ بِالْأَمْوَالِ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَرْضٌ مُقَدَّرٌ بِنَفْسِهِ، يُقَالُ: أَجْحَفَ بِهِ. أَيُّ: أَهْلَكَه وَاسْتَأْصَلَهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَا نَقَصَ مِنْ ذَلِكَ، يَكُونُ فِي مَالِ الْجَانِي)، أَيُّ: مَا نَقَصَ مِنْ نِصْفِ عَشْرِ الدِّيَةِ؛ يَكُونُ ذَلِكَ فِي مَالِ الْجَانِي لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ، كَذَا ذَكَرَ الْقُدُورِيُّ رضي الله عنه فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٢).

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رضي الله عنه فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَمَا كَانَ مِنَ الْجِنَايَةِ عَلَى الرَّجُلِ لَا يَلْغُ نِصْفُ عَشْرِ دِيَّتِهِ، أَوْ جَنَائِيَّتِهِ عَلَى الْمَرْأَةِ لَا يَبْغُ نِصْفُ عَشْرِ دِيَّتِهَا، فَهُوَ حَالٌ فِي مَالِ

(١) ما بين المعنيتين: زيادة من «ن»، و«ع»، و«أ»، و«م»، و«ل».

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص ١٩٤].

غلبة البيان

الجاني لا أجل^(١)، إلى هنا لفظ الكرخي^(٢).

وقال في «شرح الأقطع»: «وقال الشافعي^(٣) في أحد قوليه: العاقلة لا تتحمل ما دون النفس، وفي قول آخر [٥٣/٨م]: تتحمل القليل والكثير^(٤)»^(٥).

أما الدليل على أنها تتحمل ما دون النفس: أن النبي ﷺ قضى بعرة الجنين على العاقلة في حديث حمل بن مالك^(٦)، ولأن القصاص يجب في عمده، وتتقدر الدية في خطئه، فأشبهه النفس، فتتحمله العاقلة كالنفس.

وأما الدليل على أنها لا تتحمل ما دون نصف العشر: أن القصاص لا يجب [في عمده]^(٧)، ولا يقدر أرضه بنفسه، فصار كضمان الأموال، [فلا تتحمله]^(٨) العاقلة، ولأنه ليس بنفس ولا معايد نفساً، فلا تتحمله العاقلة، أصله ما ذكرنا، ولا يلزم عليه أرض الموضحة؛ لأنه يعادل نفساً؛ لأنه يجب في الجنين مثل أرض الموضحة.

قال في «مختصر الأسرار»: «ولا يلزم عليه إذا قتل عبداً قيمته أقل من أرض الموضحة أنه يتحمله العاقلة؛ لأنه نفس».

فإن قيل: من حمل كثير الأرض حمل قليله، أصله: لجاني.

قيل: وجوب الضمان على الجاني هو مقتضى الأصول، ووجوبه [٣٩٤/٣ظ]

(١) بطر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٣٢٢/ق] داماد.

(٢) بطر: «نهاية المطلب» للجوي [٥٢٦/١٦]، و«العبر شرح الوحيد» للرافعي [٤٨٤/١٠].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١٨٣/ق٢].

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) في الأصل: «بعده»، والمثبت من «ن»، و«٢٥»، و«ع»، و«م»، و«ر».

(٦) في الأصل: «يتحمله»، والمثبت من «ن»، و«٢٥»، و«ع»، و«م»، و«ر».

وَالْقِيَاسُ فِيهِ التَّشْوِيعُ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ فَيَجِبُ الْكُلُّ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا
ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ، أَوْ التَّشْوِيعُ فِي أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى الْعَاقِلَةِ شَيْءٌ، إِلَّا أَنْ تَرْتَكِبَهُ
بِمَا رَوَيْنَا، وَبِمَا رَوَى «أَنَّهُ» - ﷺ - أَوْجَبَ أَرْضَ الْجَنِينَ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَهُوَ
يُصَفُّ عَشْرَ بَدَلِ الرَّجُلِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الدِّيَّاتِ، فَمَا دُونَهُ يُسَلِّكُ بِهِ مَسَلَّتِ
الْأَمْوَالِ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ بِالتَّحْكِيمِ كَمَا يَجِبُ ضَمَانُ الْمَالِ بِالتَّقْوِيمِ فَلِهَذَا كَانَ فِي
مَالِ الْجَانِي أَخْذَا [٢٨٢/٥] بِالْقِيَاسِ.

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ

عَلَى غَيْرِهِ خَارِجٌ عَنِ الْأَصُولِ، فَلَا يُقَالُ: إِذَا اطَّرَدَ مَا وُضِعَ عَلَيْهِ الْأَصُولُ؛ يَجِبُ
أَنْ يَطَّرَدَ مَا خَرَجَ عَنِ الْأَصُولِ، وَإِذَا ثَبَتَ [أَنْ] ^(١) مَا دُونَ يَصِفِ الْعَشْرَ لَا تَخَفُّهُ
الْعَاقِلَةُ؛ كَانَ فِي مَالِ الْجَانِي؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ، وَالْوَجُوبُ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ.
إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ التَّخْفِيفُ بِالتَّحْمُلِ عَنْهُ فَمَا لَا يَتَحْمَلُ يَكُونُ عَلَى الْأَصْلِ.

قَوْلُهُ: (وَالْقِيَاسُ فِيهِ)، أَيُّ: فِي الْعَقْلِ. يَعْني: أَنَّ الْقِيَاسَ فِيهِ شَيْتَانِ:

أَحَدُهُمَا: التَّشْوِيعُ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ فِي التَّحْمُلِ، كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ
ﷺ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَنْ حَمَلَ الْكَثِيرَ حَمَلَ الْقَلِيلَ، أَصْلُهُ: الْجَانِي.

وَالْآخَرُ: أَلَّا يَجِبَ التَّحْمُلُ أَصْلًا، كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ بِشُرْ؛ لِأَنَّهُ لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ
وِزْرَ أُخْرَى، وَقَدْ تَرَكْنَا الْقِيَاسَ بِإِجَابِ التَّحْمُلِ فِي الْكَثِيرِ دُونَ الْقَلِيلِ بِالسَّمْعِ
الْوَارِدِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَعَنْ أَصْحَابِهِ.

قَوْلُهُ: (فَمَا دُونَهُ يُسَلِّكُ بِهِ مَسَلَّتِ الْأَمْوَالِ)، أَيُّ: مَا دُونَ يَصِفِ [عَشْرَ
الدِّيَّةِ] ^(٢)، أَوْ مَا دُونَ أَرْضِ الْجَنِينَ حُكْمُهُ حُكْمُ الْمَالِ، لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ: أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَرْضٌ مُقَدَّرٌ، بَلْ يَجِبُ الْأَرْضُ فِيهِ بِالتَّحْكِيمِ،

(١) ما بين المعقولاتين: زيادة من: [١]، [٢]، [٣]، [٤]، [٥]، [٦]، [٧]، [٨]، [٩]، [١٠]، [١١]، [١٢]، [١٣]، [١٤]، [١٥]، [١٦]، [١٧]، [١٨]، [١٩]، [٢٠]، [٢١]، [٢٢]، [٢٣]، [٢٤]، [٢٥]، [٢٦]، [٢٧]، [٢٨]، [٢٩]، [٣٠]، [٣١]، [٣٢]، [٣٣]، [٣٤]، [٣٥]، [٣٦]، [٣٧]، [٣٨]، [٣٩]، [٤٠]، [٤١]، [٤٢]، [٤٣]، [٤٤]، [٤٥]، [٤٦]، [٤٧]، [٤٨]، [٤٩]، [٥٠]، [٥١]، [٥٢]، [٥٣]، [٥٤]، [٥٥]، [٥٦]، [٥٧]، [٥٨]، [٥٩]، [٦٠]، [٦١]، [٦٢]، [٦٣]، [٦٤]، [٦٥]، [٦٦]، [٦٧]، [٦٨]، [٦٩]، [٧٠]، [٧١]، [٧٢]، [٧٣]، [٧٤]، [٧٥]، [٧٦]، [٧٧]، [٧٨]، [٧٩]، [٨٠]، [٨١]، [٨٢]، [٨٣]، [٨٤]، [٨٥]، [٨٦]، [٨٧]، [٨٨]، [٨٩]، [٩٠]، [٩١]، [٩٢]، [٩٣]، [٩٤]، [٩٥]، [٩٦]، [٩٧]، [٩٨]، [٩٩]، [١٠٠].

(٢) في الأصل: «العشرون»، والمثبت من: [١]، [٢]، [٣]، [٤]، [٥]، [٦]، [٧]، [٨]، [٩]، [١٠]، [١١]، [١٢]، [١٣]، [١٤]، [١٥]، [١٦]، [١٧]، [١٨]، [١٩]، [٢٠]، [٢١]، [٢٢]، [٢٣]، [٢٤]، [٢٥]، [٢٦]، [٢٧]، [٢٨]، [٢٩]، [٣٠]، [٣١]، [٣٢]، [٣٣]، [٣٤]، [٣٥]، [٣٦]، [٣٧]، [٣٨]، [٣٩]، [٤٠]، [٤١]، [٤٢]، [٤٣]، [٤٤]، [٤٥]، [٤٦]، [٤٧]، [٤٨]، [٤٩]، [٥٠]، [٥١]، [٥٢]، [٥٣]، [٥٤]، [٥٥]، [٥٦]، [٥٧]، [٥٨]، [٥٩]، [٦٠]، [٦١]، [٦٢]، [٦٣]، [٦٤]، [٦٥]، [٦٦]، [٦٧]، [٦٨]، [٦٩]، [٧٠]، [٧١]، [٧٢]، [٧٣]، [٧٤]، [٧٥]، [٧٦]، [٧٧]، [٧٨]، [٧٩]، [٨٠]، [٨١]، [٨٢]، [٨٣]، [٨٤]، [٨٥]، [٨٦]، [٨٧]، [٨٨]، [٨٩]، [٩٠]، [٩١]، [٩٢]، [٩٣]، [٩٤]، [٩٥]، [٩٦]، [٩٧]، [٩٨]، [٩٩]، [١٠٠].

وَلَا تُعْقِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ الْعَبْدِ، وَلَا مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ، أَوْ بِاعْتِرَافِ الْجَانِي؛
لِمَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّهُ لَا تَنَاصُرَ بِالْعَبْدِ وَالْإِقْرَارُ وَالصُّلْحُ لَا يُلْزِمَانِ الْعَاقِلَةَ لِقُصُورِ
الْوَلَايَةِ عَنْهُمْ. قَالَ (إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِتَصَادُقِهِمْ وَالِامْتِنَاعِ كَانَ لِحَقِّهِمْ
وَلَهُمْ وَلَايَةٌ عَلَى أَنْفُسِهِمْ.

نهاية البيان

فَصَارَ كَضَمَانِ الْأَمْوَالِ لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مُقَدَّرٌ، بَلْ يَتَعَيَّنُ ذَلِكَ بِالتَّقْوِيمِ، فَلَمَّا كَانَ
كَضَمَانِ الْأَمْوَالِ؛ كَانَ فِي [٨/٥٢٥٣] مَالِ الْجَانِي ^(١) أَخْذًا بِالْقِيَاسِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ
يَجِبُ ضَمَانُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْجَانِي.

قَوْلُهُ: (وَلَا تُعْقِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ الْعَبْدِ، وَلَا مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ، أَوْ بِاعْتِرَافِ
الْجَانِي)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» رحمته

وَلَفْظُ «الْمَخْتَصَرِ»: «وَلَا تُعْقِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ الْعَبْدِ، وَلَا تُعْقِلُ الْجِنَايَةَ الَّتِي
اعْتَرَفَ بِهَا الْجَانِي إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ، وَلَا تُعْقِلُ مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ» ^(٢)، وَهَذَا تَرْتِيبٌ لَفْظُهُ.

وَأَرَادَ بِجِنَايَةِ الْعَبْدِ: أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ هُوَ الْجَانِي وَمَوْلَاهُ مُخَيَّرٌ فِيهَا بَيْنَ الدَّفْعِ
أَوْ الْفِدَاءِ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ فِي الدِّيَّاتِ، وَهُوَ مِنْ إِضَافَةِ الْمَصْدَرِ إِلَى الْفَاعِلِ، فَأَمَّا إِذَا
جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ فَقَتَلَهُ خَطَأً؛ كَانَ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَسَيَجِيءُ ذَلِكَ بَعْدَ هَذَا.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ كَلَّةٌ: مَا حَدَّثَ مُحَمَّدٌ رحمته فِي «مَوْطِئِهِ»: عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ
رحمته، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ [بْنِ
مَسْعُودٍ] ^(٣) عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رحمته قَالَ: «لَا تُعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا، وَلَا صُلْحًا، وَلَا
اعْتِرَافًا، وَلَا مَا جَنَى الْمَمْلُوكُ» ^(٤).

(١) فِي الْأَصْلِ: «الْجِنَايَةُ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، وَ«٢٥»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٢) يَطْرُقُ: «مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» [ص/ ١٩٤].

(٣) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: رِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«ع»، وَ«٢٥»، وَ«م»، وَ«ر». وَهُوَ الْمَوَاقِفُ لِمَا وَقَعَ فِي:
«الْمَوْطَأِ» لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ.

(٤) أَخْرَجَهُ: مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي «الْمَوْطَأِ» [٩/٣]، بِهَذَا الْإِسَادِ.

وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلِ خَطَا، وَلَمْ يَرْتَفِعُوا^(١) إِلَى الْقَاضِي، إِلَّا بَعْدَ سِنِينَ؛ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَّةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَى لِأَنَّ التَّأَجُّلَ مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ

﴿عَلَيْهِ الدِّيَّةُ﴾

وَلِأَنَّ الصُّلْحَ وَالْإِقْرَارَ لَا يُلْزَمُ بِهِمَا عَلَى الْعَاقِلَةِ شَيْءٌ؛ لِقُصُورِ وَلَايَةِ الْمُصَالِحِ وَالْمُقَرَّرِ عَنِ الْعَاقِلَةِ، إِلَّا أَنْ تُصَدَّقَ الْعَاقِلَةُ الْمُقَرَّرَ فِي إِقْرَارِهِ، فَحِينَئِذٍ يُلْزَمُهُمْ^(٢) تَحْمُلُ الْعَقْلُ؛ لِأَنَّ سُقُوطَ التَّحْمُلِ عَنْهُمْ كَانَ لِلتُّهْمَةِ، وَقَدْ زَالَتْ ذَلِكَ بِتَصْدِيقِهِمْ فَلَزِمَهُمْ.

وَلَكِنَّ الْوَاجِبَ بِالْإِقْرَارِ - إِذَا لَمْ تُصَدَّقِ الْعَاقِلَةُ - فِي مَالِ الْجَانِي فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ بِنَفْسِ الْقَتْلِ، بِخِلَافِ مَا لَزِمَ بِالصُّلْحِ، فَإِنَّهُ وَاجِبٌ فِي مَالِهِ حَالًا، وَلَيْسَ فِيهِ آجِلٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَاجِبِ نَفْسِ الْقَتْلِ، إِلَّا إِذَا وَقَعَ الصُّلْحُ مُؤَجَّلًا، فَيَجِبُ كَذَلِكَ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ قَبْلَ فَصْلِ الْجَبِينِ.

قَوْلُهُ: (وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلِ خَطَا، وَلَمْ يَرْتَفِعُوا إِلَى الْقَاضِي، إِلَّا بَعْدَ سِنِينَ؛ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالدِّيَّةِ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يُقْضَى)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ [١٩٥/٣] «الْأَصْلِ»^(٣)، ذُكِرَتْ تَقْرِيبًا عَلَى مَسْأَلَةِ «الْمَخْتَصَرِ».

وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَمَّا^(١) لَمْ تَحْتَمِلْ مَا وَجَبَ بِالْإِقْرَارِ؛ وَجَبَ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْإِجَابِ هُوَ الْجَانِي، وَلَكِنْ يَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا وَجَبَ التَّأَجُّلُ فِي حَقِّ الْعَاقِلَةِ مَعَ كَثَرَتِهِمْ لِتَبْسِيرِ الْأَدَاءِ، فَلَمَّا يَجِبُ عَلَى الْقَاتِلِ هَكَذَا أَوَّلَى، وَإِنَّمَا اعْتَبِرَ مُدَّةُ السِّنِينَ مِنْ يَوْمِ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ الْوُحُوبَ يَوْمئِذٍ، وَلَوْ أُقِيمَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ حِينَئِذٍ؛ قُضِيَ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا تُهْمَةُ حِينَئِذٍ.

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ التَّأَجُّلَ مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ.....)

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ، رُفِعُوا: يَرْفَعُونَ.

(٢) فِي الْأَصْلِ: «يُلْزَمُ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «لِأَنَّ»، وَ«لَا»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٣) يَنْظُرُ: «الْأَصْلُ/الْمَعْرُوفُ بِالْبَسُوطِ» لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الشَّيْبَانِيِّ [٦٦٥/٤].

(٤) فِي الْأَصْلِ: «إِذَا»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «لِأَنَّ»، وَ«لَا»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

في الثابت بالبيّنة ، ففي الثابت بالإقرار أولى

ولو تصادقا القاتل ووليّ الجناية على أن قاضي بلد كذا ؛ قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبيّنة ، وكذبتهما العاقلة ، فلا شيء على العاقلة ؛ لأنّ صادقتهما ليس بحجة عليهم ، ولم يكن عليه شيء في ماله ؛ لأنّ الدية

عنه سدر

في الثابت بالبيّنة ، ففي الثابت بالإقرار أولى ، يعني : أن البيّنة حجة متعدية ، والإقرار حجة قاصرة ، فعلى هذا تكون البيّنة أقوى من الإقرار ، ثمّ الدية في القتل ثابت بالبيّنة إذا كان خطأ ؛ تجب مؤجلة من وقت القضاء ، لا من وقت الموت ، فهي ثابتة بالإقرار تجب كذلك بالطريق الأولى ؛ لأنّ الإقرار أدنى من البيّنة .

قوله : (ولو تصادقا القاتل ووليّ الجناية على أن قاضي بلد كذا ؛ قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبيّنة ، وكذبتهما العاقلة ، فلا شيء على العاقلة ؛ لأنّ تصادقتهما ليس بحجة عليهم ، ولم يكن عليه شيء في ماله) ، أي : لم يكن على القاتل شيء ؛ لبعثنا بهذا التصديق ، وهذه من مسائل «الأصل»^(١) ، ذكرت على سبيل التفريع أيضا .

أما عدم الوجوب على العاقلة إذا أكرّوا : فلأنّ تصادق القاتل ووليّ الجناية ليس بحجة عليهم ؛ لعدم ولاية الإلزام .

وأما عدم الوجوب على القاتل : فلأنّ الولي لا يدعي الدية على القاتل ؛ لأنه يقول : إن القاضي قضى بها على العاقلة ، إلا إذا كان للقاتل معهم عطاء ، فيكون عنه حصته من ذلك ؛ لأنهما تصادقا على الوجوب في هذا القدر على المقرّ ، قالوا في «شروح»^(٢) الكافي : وهذا نص من أصحابنا : أن القاتل يدخل مع العاقلة في

١ ينظر «الأصل/المعروف بالميسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٦٧٧/٤]

٢ في الأصل : «شرح» ، والمثبت من : «ان» ، و«٢٦» ، و«اع» ، و«لام»

يَنْصَحُ فِيهِمَا تَكَرَّرَتْ عَنْهُ الْعَاقِلَةُ بِتَقْصَاءِ وَتَصَادُفُهَا حُجَّةٌ فِي حَقِّهَا، بِحُلُولِ
الْأَوَّلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ مَعَهُمْ فَحِينَئِذٍ يَلْزَمُهُ يَقْدِرُ حِصَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ
حِصَّتِهِ مُقَرَّرٌ عَنْهُ نَفْسِهِ وَفِي حَقِّ الْعَاقِلَةِ مُقَرَّرٌ عَلَيْهِمْ.

قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ قَتْلَهُ خَطَأً، كَانَ عَلَى عَاقِلَتِهِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ

عَنْهُ الْمَالِ

تَحْتَمِلُ الدِّيَّةَ.

قَوْلُهُ: (بِخِلَافِ الْأَوَّلِ^(١))، أَرَادَ بِهِ: مَا إِذَا أَمَرَ بِقَتْلِ خَطَأً، حَيْثُ يُقْضَى عَنْهُ
بِالنِّسْبَةِ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ إِفْرَازَهُ حُجَّةً عَلَى نَفْسِهِ، وَيَدَّعِي وَلِيُّ الْقَتِيلِ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَهُوَ
فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا يَدَّعِي وَلِيُّ الْقَتِيلِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ تَصَادَقَ مَعَ الْقَاتِلِ أَنَّ الدِّيَّةَ عَلَى
الْعَاقِلَةِ، وَقَدْ قَضَى بِهَا الْقَاضِي عَلَيْهِمْ، فَلَا يَكُونُ عَلَى الْقَاتِلِ شَيْءٌ إِلَّا إِذَا كَذَّبَ
عَطَاءً، فَيَكُونُ عَلَيْهِ حِصَّتُهُ مِنْ ذَلِكَ، كَمَا عَلَّمْنَا.

قَوْلُهُ: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عَطَاءٌ)، اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ: (وَلَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا جَنَى الْحُرُّ عَلَى الْعَبْدِ قَتْلَهُ خَطَأً، كَانَ عَلَى عَاقِلَتِهِ)، أَيْ:
قَالَ الْقُدُّورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

وقوله: (كَانَ)، بِإِسْنَادِ الْفِعْلِ إِلَى الْمَذْكُورِ^(٣)، أَيْ: كَانَ الْعَقْلُ وَهُوَ الدِّيَّةُ.
وَفِي بَعْضِ النُّسخ: «كَانَتْ»، أَيْ: كَانَتْ الدِّيَّةُ.

وَفِي أَحَدِ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ: لَا تَحْتَمِلُهُ الْعَاقِلَةُ^(٤)، كَذَا فِي «شرح الأقطع».
وَهَذَا بَاءٌ عَلَى أَنَّ هَذَا الضَّمَانُ بَدَلُ النَّفْسِ عِنْدَنَا، وَعِنْدَهُ: بَدَلُ الْمَالِ، وَلِهَذَا يَجِبُ

(١) فِي الْأَصْلِ «الْأَوَّلِ»، وَالْمَعْنَى مِنْ: «وَالْعَاقِلَةُ»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُّورِيِّ» [ص/ ١٩٤].

(٣) فِي الْأَصْلِ «الْمَذْكُورِ»، وَالْمَعْنَى مِنْ: «ن»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٤) يَنْظُرُ «الْحَوِيُّ الْكَبِيرُ» لِلْقُدُّورِيِّ [٣١٥/١٢].

النَّفْسِ عَلَى مَا عُرِفَ مِنْ أَضْلَانَا. وَفِي أَحَدِ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ تَحِبُّ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ
نَدْلُ الْمَالِ عِنْدَهُ وَلِهَذَا يُوجِبُ قِيمَتُهُ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ، وَمَا دُونَ النَّفْسِ مِنَ الْعِنْدِ
لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ؛ لِأَنَّهُ يُسَلِّكُ بِهِ مَسَلَّتَ الْأَمْوَالِ عِنْدَنَا عَلَى مَا عُرِفَ، وَفِي
أَحَدِ قَوْلَيْهِ الْعَاقِلَةُ تَتَحَمَّلُهُ كَمَا فِي الْحُرِّ وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

غايه البيان

عنده: قيمة العبد بالغته ما بلغت.

ولنا: أَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الدِّيَةُ؛ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ [١/٥٢٥: ٨] تَعَالَى: ﴿وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ
إِلَى أَهْلِيهِ﴾ [النساء: ٩٢]، وَالدِّيَةُ وَاجِبَةٌ بِمُقَابَلَةِ الْأَدَمِيَّةِ، فَلَمَّا وَجِبَتْ بِإِطْلَاقِ النَّصِّ
وَجِبَتْ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَمَا إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ [٥/٩٥: ٢] حُرًّا، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُتِمَّسَكَ بِقَوْلِ
الشَّافِعِيِّ: «لَا تُعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا»^(١)؛ لِأَنَّ الْمُرَادَ بِهِ مَا جَنَى الْعَبْدُ؛ بِدَلِيلِ
مَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه: «وَلَا مَا جَنَى الْمَمْلُوكُ»^(٢)، وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ.

فَإِنْ قِيلَ: مَا يُضْمَنُ بِالْقِيَمَةِ لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ كَالْأَمْوَالِ.

قِيلَ: الْأَمْوَالُ يَسْتَوِي فِيهَا الْعَمْدُ وَالْخَطَأُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْعَبْدُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُتِلَ
عَمْدًا يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ، فَفَسَدَ الْقِيَاسُ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ مَرَّ مِنْ قَبْلُ)، أَيُّ: فِي أَوَّلِ فَصْلٍ بَعْدَ بَابِ جِنَايَةِ الْمَمْلُوكِ.

قَوْلُهُ: (وَمَا دُونَ النَّفْسِ مِنَ الْعَبْدِ لَا تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ)، ذَكَرَهُ وَمَا بَعْدَهُ إِلَى آخِرِ
كِتَابِ الْمَعَاقِلِ عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ: تَتَحَمَّلُهُ الْعَاقِلَةُ^(٣).

لَنَا: أَنَّ الْأَطْرَافَ يُسَلِّكُ بِهَا مَسَلَّتَ الْأَمْوَالِ، وَلِهَذَا لَا يَجْرِي الْقِصَاصُ فِي

(١) مضمون تحريجه.

(٢) يظن: «الحاوي الكبير» لهماوردي [٣٥٥/١٢] و«روضة الطالبين» للروزي [٣٧٧/٩]

قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ الْقَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ؛ فَالذِّئْبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ. لَا جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ هُمْ أَهْلُ نُصْرَتِهِ لَيْسَ بَعْضُهُمْ أَخَصُّ مِنْ بَعْضٍ بِذَلِكَ، وَهَذَا لَوْ مَاتَ كَانَ مِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ فَكَذَا مَا يَلْزَمُهُ مِنَ الْغَرَامَةِ يَلْزَمُ بَيْتَ الْمَالِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله رَوَايَةٌ شَاذَةٌ أَنَّ الذِّئْبَ فِي مَالِهِ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الْأَصْلَ لَا تَجِبُ الذِّئْبُ عَلَى الْقَاتِلِ لِأَنَّهُ بَدَلٌ مُتَلَفٌ وَالْإِتْلَافُ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّ الْعَاقِلَةَ تَحْمِلُهَا تَحْقِيقًا لِلتَّخْفِيفِ عَلَى مَا مَرَّ.

فَإِذَا [٢٨٣/١] لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ عَادَ الْحُكْمُ إِلَى الْأَصْلِ.

وَابْنُ الْمُلَاعِنَةِ تَعْقِلُهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ مِنْهَا دُونَ الْأَبِ فَإِنْ غُضِرَ عَنْهُ ثُمَّ ادَّعَاهُ الْأَبُ رَجَعَتْ عَاقِلَةُ الْأُمِّ بِمَا أَدَّتْ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ يَقْضِي الْقَاضِي لِعَاقِلَةِ الْأُمِّ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ) لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَبْ

بَابُ الْقِصَاصِ

الْعَمْدِ بَيْنَ طَرَفَيْ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ، فَلَا تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ كَطَرَفِ الْبَيْهَمَةِ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ فِي بَابِ الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (عَلَى مَا عُرِفَ).

قَوْلُهُ: (قَالَ أَصْحَابُنَا: إِنَّ الْقَاتِلَ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ؛ فَالذِّئْبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ. لِأَنَّ جَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ هُمْ أَهْلُ نُصْرَتِهِ).

وَهَذَا إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ مُسْلِمًا، فَإِذَا كَانَ ذِمِّيًّا، وَلَا عَاقِلَةَ لَهُ؛ فَالذِّئْبُ فِي مَالِهِ. لِأَنَّ بَيْتَ مَالِ الْمُسْلِمِينَ لَا يَعْقِلُ الذِّمِّيُّ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ عِنْدَ قَوْلِهِ: (وَإِنْ كَانَ لِأَهْلِ الذِّمَّةِ عَوَاقِلُ مَعْرُوقَةٌ، يَتَعَاقَلُونَ بِهَا، فَتَقْتُلُ أَحَدَهُمْ قَتِيلًا؛ فَذِيئَتُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ).

قَوْلُهُ: (وَابْنُ الْمُلَاعِنَةِ تَعْقِلُهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ ثَابِتٌ مِنْهَا دُونَ الْأَبِ) وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ مَسَائِلِ «الْأَصْلِ»^(١)، وَقَدْ اسْتَوْفَيْنَا بَيَانَهَا، وَبَيَانَ الْمَسْأَلَةِ الْآخَرِ

(١) ينظر «الأصل المعروف بالمعصية» لمحمد بن الحسن الشيباني [٢٨٥/٤]

وَاجِبَةٌ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّ عِنْدَ الْإِكْذَابِ ظَهَرَ أَنَّ النَّسَبَ لَمْ يَزَلْ كَانَ قَائِمًا مِنَ الْأَبِ
خَيْثُ بَطَلَ اللَّعَانُ بِالْإِكْذَابِ، وَمَتَى ظَهَرَ مِنَ الْأَصْلِ فَقَوْمُ الْأُمِّ تَحْمَلُوا مَا كَانَ
وَاجِبًا عَلَى قَوْمِ الْأَبِ فَيَرْجِعُونَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُمْ مُضْطَرُونَ فِي ذَلِكَ.

وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى
ابنه وعقل عنه قوم أمه ثم أدب الكتاب لأنه عند الأداء يتحول ولاؤه إلى قوم
أبيه من وقت حرية الأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فبين أن قوم الأم
عقلوا عنهم فيرجعون عليهم.

وكذلك رجل أمر صبيًا بقتل رجل فقتله، فصمنت عاقلة الصبي الدية؛
رحمت بها على عاقلة الأمر إن كان الأمر ثبت بالبيعة، وفي مال الأمر إن كان
ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الأمر، أو على
عاقلته؛ لأن الديات تجب مؤجلة بطريق التيسير.

شاية الميار

نليها، أعني: ما إذا (مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر)، أي: ولد من الحرية
عذ قوله: (وعاقلة المعتق: قبيلة مولاه).

قوله: (وكذلك رجل أمر صبيًا بقتل رجل فقتله، فصمنت عاقلة الصبي الدية؛
رحمت بها على عاقلة الأمر إن كان الأمر ثبت بالبيعة، وفي مال الأمر إن كان ثبت
بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الأمر، أو على عاقلته).

وذلك لأن الرجوع على العاقلة، أو على الأمر يتعين بالقضاء، فيعتبر المدة
من يوم القضاء، فترجع عاقلة الصبي على الأمر من يوم القضاء في ثلاث سنين إن
كان الأمر ثبت بالإقرار، وعلى عاقلة [٢٠٧٥٥/٨] الأمر إن كان الأمر ثبت بالبيعة،
وإنما كان الرجوع في ثلاث سنين؛ لأن الأصل في وجوب الديات: هو الأجل

قَالَ عليه السلام : هَاهُنَا عِدَّةُ مَسَائِلَ ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ عليه السلام مُتَفَرِّقَةً ، وَالْأَصْلُ الَّذِي
تُخْرَجُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَالَ : حَالُ الْقَاتِلِ إِذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا

فَإِنَّهُ الْبَيَانُ

لِلتَّيْسِيرِ ، إِلَّا إِذَا ثَبَتَ الدِّيَةُ بِالصُّلْحِ ، فَذَلِكَ لَا أَجَلَ فِيهِ إِلَّا إِذَا اشْتَرَطَ .

قَوْلُهُ : (قَالَ عليه السلام : هَاهُنَا عِدَّةُ مَسَائِلَ ذَكَرَهَا مُحَمَّدٌ عليه السلام مُتَفَرِّقَةً) ، أَي : فِي
الْمَعَاقِلِ مَسَائِلُ ، ذَكَرَ تِلْكَ الْمَسَائِلَ مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الْمَعَاقِلِ مِنْ « الْأَصْلِ » ، فِي
مَوَاضِعَ مُتَفَرِّقَةٍ لَا فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ ، وَهِيَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَصُولٍ .

قَوْلُهُ : (وَالْأَصْلُ الَّذِي تُخْرَجُ عَلَيْهِ) ، أَي : تُخْرَجُ الْمَسَائِلُ عَلَى ذَلِكَ الْأَصْلِ
أَنْ يُقَالَ : حَالُ الْقَاتِلِ إِذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا ، فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَى وَلَاءٍ بِسَبَبِ [٤٩٦/٣] حَدِيثٍ
لَمْ تَنْتَقِلْ جَنَائِيَّتُهُ عَنِ الْأُولَى ، فُضِيَ بِهَا ، أَوْ لَمْ يُفْضَ ، وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةٌ خَفِيَّةٌ مِثْلُ
دَعْوَةٍ ^(١) وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ ، حُوِّلَتْ الْجِنَايَةُ إِلَى الْأُخْرَى ، وَقَعَ الْقَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ ،
وَلَمْ يَخْتَلِفِ حَالُ الْجَنِيِّ ، وَلَكِنْ الْعَاقِلَةُ تَدَلُّ ، كَانَ الْإِعْتِبَارُ فِي ذَلِكَ لَوَقْتِ
الْقَضَاءِ .

فَإِنْ كَانَ فُضِيَ بِهَا عَلَى الْأُولَى ، لَمْ يَنْتَقِلْ إِلَى الثَّانِيَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فُضِيَ بِهَا
عَلَى الْأُولَى ، فَإِنَّهُ يُفْضَى بِهَا عَلَى الثَّانِيَةِ ، وَإِنْ كَانَتِ الْعَاقِلَةُ وَاحِدَةً ، فَلَحِيقُهَا زِيَادَةٌ ،
أَوْ نُقْصَانٌ ، اِشْتَرَكَا فِي حُكْمِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ وَبَعْدَهُ ، إِلَّا فِيمَا سَبَقَ أَدَاؤُهُ . وَهَذَا
يَشْتَمِلُ عَلَى أَصُولٍ :

الْأَصْلُ الْأَوَّلُ : قَوْلُهُ : (حَالُ الْقَاتِلِ إِذَا تَبَدَّلَ حُكْمًا ، فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَى وَلَاءٍ
بِسَبَبِ حَدِيثٍ ، لَمْ تَنْتَقِلْ جَنَائِيَّتُهُ عَنِ الْأُولَى ، فُضِيَ بِهَا ، أَوْ لَمْ يُفْضَ) .

وَبُظَيْرُهُ : مَوْلُودٌ بَيْنَ حُرَّةٍ وَعَبْدٍ جَسَى ، ثُمَّ أُعْتِقَ أَبُوهُ ، لَا تَتَحَوَّلُ الْجِنَايَةُ عَنْ

(١) مَعْنَى أَنَّ الدَّعْوَةَ - بِكُسْرِ الدَّالِ وَسُكُونِ الْعَيْنِ - هِيَ الْإِدْعَاءُ فِي النَّسَبِ . يُقَالُ : فُلَانٌ ذِيٌّ بَيْنَ

الدَّعْوَةِ فِي النَّسَبِ . وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِذَلِكَ .

نهاية المبدأ

عاقلة الأم، وقد مرَّ بيانه عند قوله: (وعاقلة المعتق: قبيلة مولاة).

ومن نظيره أيضاً: إذا أسلمَ حربيَّ ووالى مسلماً، ثم جنى جناية، عقلت عنه عاقلة الذي والآه، فإن عَقَلَ عنه، أو لم يقضَ بها حتى أسير أبوه من دار الحرب، وشتره رجل فاعتقه؛ جرَّ ولاية ابنه، وصار مولى لموالي أبيه، ولكن لا ترجع عاقلة الذي كان ولاؤه على عاقلة موالي الأب؛ لأنه أمرٌ حادث.

ومن نظيره أيضاً: ما لو حفر الغلام بئراً قبل أن يؤسر أبوه، ثم وقع فيها إنسان بعد عتقه؛ فإن ذلك على عاقلة الذي والآه دون عاقلة أبيه، وقد مرَّ ذلك عند قوله: (ومولى الموالاة يعقل عنه مولاة وقبيلته).

والأصل الثاني: قوله: (وإن ظهرت حالة خفية، مثل دعوة ولي الملاءة؛ حوَّلت الجناية إلى الأخرى)، أي: إلى العاقلة الأخرى، كما إذا قتل ابن الملاءة رجلاً خطأ؛ يعقل عنه عاقلة الأم؛ لأن [٢٥٥/٨] نسبه ثابت من الأم، فإن عَقَلُوا عنه، ثم ادَّعاه [الأب] ^(١)؛ رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب.

ومن نظيره أيضاً: ما إذا مات المكاتب عن ولاء، وله ولد حر، فلم يؤد كتابته حتى حتى ابنه فعقل عنه فوراً أمه، ثم أدت الكتابة؛ فإن عاقلة الأم يرجعون بما أدوا على عاقلة الأب، وقد مرَّ ذلك عند قوله: (وعاقلة المعتق: قبيلة مولاة).

وكذلك إذا أمر رجل صبيّاً ليقتل رجلاً فقتله؛ فضمنت عاقلة الصبي الدية، رجعت عاقلة على عاقلة الأمر إن كان الأمر ثبتاً بليته، وعلى الأمر في ما به إن كان الأمر ثبتاً بإقراره؛ لأن الأمر مسبب متعده، فإنه استعمل الصبي في أمرٍ نجحه

(١) ما بين المعنيتين زيادة من: «ن»، «ل»، «ع»، «و»، «أ»، «و».

شعبة البيان

فيه تبعه، فثبت لعاقلته حق الرجوع بما^(١) أدوا، وقد مرّ هذا قبل هذا عند قوله.
(وكذلك رجل أمر صبيًا بقتل رجل فقتله).

والأصل الثالث: قوله: (ولو لم يختلف حال الجاني، ولكن العاقلة تبدلت،
كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء).

ونظيره: ما إذا كان القاتل من أهل الكوفة، وله بها عطاء، ولم يقض بالدية
على العاقلة حتى [٤٩٦/٣] حول ديوانه إلى البصرة؛ فإنه يقضى بالدية على عاقلة
من أهل البصرة، وعلى قول زفر: يقضى على عاقلته من أهل الكوفة، وهو رواية
عن أبي يوسف رحمته الله، وقد مرّ بيانه عند قوله: (ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله
بها عطاء)، وكذلك لو كان رجل مسكنه بالكوفة، وليس له عطاء، فلم يقض عليه
حتى استوطن البصرة؛ قضى بالدية على عاقلته بالبصرة، ولو كان قضى بها على
عاقلته بالكوفة، لم يتقبل عنهم؛ لأن من لا عطاء له إذا سكن مضرًا فعاقلته أهل
ديوان ذلك المضر بمنزلة من له عطاء.

وكذلك البدوي إذا ألحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء؛ يقضى بالدية على
أهل الديوان، وبعد القضاء على عاقلته بالبادية؛ لم^(٢) يتحول عنهم إلى أهل
الديوان، وقد مرّ ذلك عند قوله: (وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة، وليس
له عطاء). وهذا إذا تبدلت العاقلة.

فأما إذا لم تبدل، ولكن لحقتها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجنية
قبل القضاء وبعده، كما إذا قُلت العاقلة بعد القضاء عليهم، وقد أخذ البعض
منهم؛ ضم إليهم أقرب القبائل في السب، ولا يُشبه قتلهم تحويله [٢٥٦/٨] إلى

(١) في الأصل: «ويعا»، والمثبت من «ان»، و«٢٥٨»، و«اع»، و«ام»، و«ار».

(٢) في الأصل: «ثم»، والمثبت من «ان»، و«٢٥٨»، و«اع»، و«ام»، و«ار».

فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَى وَلَاءٍ بِسَبَبِ أَمْرِ خَادِثٍ لَمْ تَنْتَقِلْ جِدَائِيَّتُهُ عَنِ الْأَوَّلِ قَضَى بِهَا أَوْ لَمْ يَقْضَ ، وَإِنْ ظَهَرَتْ حَالَةُ حَفِيَّةٍ مِثْلُ دَعْوَةِ وَلَدِ الْمَلَأَةِ حَوْلَتْ الْجِنَايَةُ إِلَى الْأُخْرَى وَقَعَ الْقَضَاءُ بِهَا أَوْ لَمْ يَقَعْ .

وَلَوْ لَمْ يَخْتَلِفْ حَالُ الْجَايِي وَلَكِنَّ الْعَاقِلَةَ تَبَدَّلَتْ كَانَ لِإِعْتِبَارٍ فِي ذَلِكَ لَوْفَتِ الْقَضَاءُ ، فَإِنْ كَانَ قَضَى بِهَا عَلَى الْأَوَّلَى لَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى الثَّانِيَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَضَى بِهَا عَلَى الْأَوَّلَى فَإِنَّهُ يَقْضَى بِهَا عَلَى الثَّانِيَةِ ، وَإِنْ كَانَتْ الْعَاقِلَةُ وَاحِدَةً فَلَحِيقَهَا زِيَادَةٌ أَوْ نُقْصَانٌ اشْتَرَكُوا فِي حُكْمِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ الْقَضَاءِ [٢٨٣/٢] وَبَعْدَهُ إِلَّا فِيمَا سَبَقَ آدَاؤُهُ فَمَنْ أَحْكَمَ هَذَا الْأَصْلَ مُتَأَمِّلًا يُمَكِّنُهُ التَّخْرِيجُ فِيمَا وَرَدَ عَلَيْهِ مِنَ النِّظَائِرِ وَالْأَضْدَادِ ، وَلِلَّهِ الْمَوْفِقُ لِلْسَّدَادِ .

شَافِيَةُ الْبَيَانِ

بَلَدٍ آخَرَ ، حَيْثُ يَجُوزُ إِلْحَاقُ قَوْمٍ بِهِمْ بَعْدَ الْقَضَاءِ عَلَيْهِمْ بِعِلَّةِ الْقِلَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ النَّقْلُ بَعْدَ الْقَضَاءِ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ .

وَالْفَرْقُ ظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّ فِي النَّقْلِ إِبْطَالَ الْحُكْمِ الْأَوَّلِ ، فَلَا يَجُوزُ بِحَالٍ ، وَفِي الضَّمِّ تَكْثِيرُ الْمُتَحَمِّلِينَ لِمَا قُضِيَ عَلَيْهِمْ مِنَ الْوَاجِبِ ، فَكَانَ فِيهِ تَفْرِيرُ الْحُكْمِ الْأَوَّلِ لَا إِبْطَالُهُ ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ عِنْدَ قَوْلِهِ : (وَلَوْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الْكُوفَةِ ، وَلَهُ بِهَا عَطَاءٌ ، فَجُعِلَ دِيْوَانُهُ بِالْبَصْرَةِ) .

قَوْلُهُ : (فَانْتَقَلَ وَلَاؤُهُ إِلَى وَلَاءٍ) ، تَفْسِيرُ قَوْلِهِ : (تَبَدَّلَ حُكْمًا) .

قَوْلُهُ : (إِلَّا فِيمَا سَبَقَ آدَاؤُهُ) ، يَغْنِي : لَا يَشْتَرِكُونَ فِيهِ ، بَلْ يَقَعُ ذَلِكَ مِنَ الدِّينِ آدَاؤُهَا أَوَّلًا قَبْلَ صَمِّ أَقْرَبِ الْقَبَائِلِ لِيَهُم .
وَاللَّهُ أَعْلَمُ .





18



كِتَابُ الْوَصَايَا

بَابُ

فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ
وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ، وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ

— نهاية البيان —

كِتَابُ الْوَصَايَا

بَابُ

فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ
وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ، وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ

— — —

إِنَّمَا ذَكَرَ كِتَابُ الْوَصَايَا فِي آخِرِ الْكِتَابِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَالْمَوْتُ آخِرُ أَحْوَالِ الْآدَمِيِّ ، فَنَاسَبَ ذِكْرُ هَذَا الْكِتَابِ فِي آخِرِ الْكِتَابِ ؛ لِأَنَّ لِلْوَصِيَّةِ تَعَلُّقًا بِآخِرِ أَحْوَالِ الْإِنْسَانِ ، وَلِلْوَصِيَّةِ زِيَادَةُ مُنَاسَبَةٍ بِكِتَابِ الْجَنَائِزِ ؛ لِأَنَّ الْجَنَائِزَ عَلَى النَّفْسِ تُفْضِي إِلَى الْمَوْتِ الَّذِي تَتَعَلَّقُ بِهِ الْوَصِيَّةُ .

ثُمَّ اعْلَمْ : أَنَّ الْوَصِيَّةَ وَالْوَصَاةَ بِالْقَضَرِ ، اسْمَانِ بِمَعْنَى الْمَضْذِرِ ، مِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ حِينَ الْوَصِيَّةِ ﴾ [المائدة ١٠٦] ، ثُمَّ سَمِيَ الْمُوصِي بِهِ وَصِيَّةً ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ لُصُوفَ يَهَا ﴾ [الساء ١٢] ، وَالْوَصَاةُ بِالْكَثْرِ : مُضْذِرُ الْوَصِيِّ .

وَقِيلَ : الْوَصِيَّةُ طَلَبُ شَيْءٍ مِنْ غَيْرِهِ لِيَفْعَلَهُ عَلَى غَيْبٍ مِنْهُ حَالِ حَيَاتِهِ وَبَعْدَ وَفَاتِهِ .
وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ شَرْعًا : فَتَمْلِكُ مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ ، سِوَاءِ

«أما الكتاب»

كَانَ ذَلِكَ فِي الْمَنَافِعِ ، أَوْ فِي الْأَعْيَانِ^(١) ، لِأَنَّ التَّمْلِيكَ أَنْوَاعٌ ، فَلَا بُدَّ لِكُلِّ نَوْعٍ مِنْ اسْمٍ نَحَاصُّ لِيَتَمَيَّزَ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَالْبَيْعُ اسْمٌ لِتَحْلِيكِ عَيْنِ الْمَالِ بِعَوَضٍ فِي حَالِ الْحَيَاةِ ، وَالْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ [٢٩٧/٣] فِي حَالِ الْحَيَاةِ بِعَبْرٍ عَوَضٍ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ .

وَالْعَارِيَةُ تَمْلِيكُ الْمُنْفَعَةِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ ، فَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ اسْمًا لِتَحْلِيكِ الْمَالِ بَعْدَ الْمَوْتِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ فِي الْعَيْنِ وَالْمَنَافِعِ جَمِيعًا .

ثُمَّ الْوَصِيَّةُ مَشْرُوعَةٌ بِالْكِتَابِ : بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَفُ بِهَا أَوْ ذَاتِي ﴾ [النساء: ١٢] ، وَبِالْأَحَادِيثِ الْوَارِدَةِ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ ، وَالْإِجْمَاعِ ائْتَمَدَ عَلَى مَشْرُوعِيَّتِهَا أَيْضًا .

وَكَذَلِكَ الْإِبْصَاءُ أَيْضًا مَشْرُوعٌ ، وَهُوَ جَعْلُ الرَّجُلِ وَصِيًّا فِي تَرْكِتِهِ ، لِيَقُومَ بِمَصَالِحِ أَوْلَادِهِ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَإِجْمَاعِ الْأُمَّةِ .

أَمَّا الْكِتَابُ : فَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَنْ تَقُومُوا لِلَّيْتَمَى بِالْقِسْطِ ﴾ [النساء: ١٢٧] ، وَالْقِسْمُ فِي [٢٥٦/٨] أَمْرُ الْيَتِيمِ هُوَ الْوَصِي .

وَأَمَّا السُّنَّةُ : فَمَا رُوِيَ فِي «الْأَصْلِ» : عَنْ حَمْرَةَ بِنْتِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ رضي الله عنه : «أَنَّ أَوْصِيَ إِلَى زَيْدِ بْنِ حَارِثَةَ حِينَ اسْتَشْهَدَ يَوْمَ أُحُدٍ فِي تَرْكِتِهِ»^(٢) .

وَإِجْمَاعُ الْأُمَّةِ عَلَى هَذَا مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا ، كُلُّهُمْ يَحْتَرُونَ قِيَمًا فِي تَرْكِاتِهِمْ عِنْدَ خَوْفِ ضَيَاعِ أَوْلَادِهِمْ وَتَرْكِاتِهِمْ .

(١) يَطْرُقُ : «الصحاح» [٢٥٢٥/٦] ، «المعرب» [٣٥٧/٢] ، «العاموس المحرط» [ص ١٧٣٦] ، «طلبة الطلبة» [ص ٣٠٥] ، «التعريفات» [ص ٢٤٧] ، «أنيس المعها» [ص ٢٩٧ ، ٢٩٨] ، «نيس الحقائق» [١٨٢/٦] ، «المجمرات البيرة» [٣٦٦/٢] ، «اللباب» [٤٨٤/١٢] .

(٢) أَخْرَجَهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي «الْأَصْلِ / الْمَعْرُوفِ بِالْمَبْسُوطِ» [٤٢٥/٥] / طَبْعَةٌ . وَرَأَى الْأَوَّلُ الْقَطْرِيَّةَ | عَنْ أَبِي يُونُسَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ . أَنَّ حَمْرَةَ بِنْتَ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ رضي الله عنه ،

عليه السلام

والقياس: أَنْ يَكُونَ كِلَاهُمَا بَاطِلًا؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ تَمْلِيكَ مُضَافٍ إِلَى حَالٍ زَوَالٍ مَالِكِيَّةٌ.

وَالثَّانِي: إِنَابَةٌ غَيْرُهُ مَتَابَةٌ مُضَافًا إِلَى حَالٍ زَوَالٍ^(١) وَلَا يَتَّهِ، وَلَكِنْ جَوْرًا مَالِكِيًّا [وَالسُّنَّةُ]^(٢) وَالْأَثَارُ.

ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي صِفَةِ الْمَشْرُوعِيَّةِ، قَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّهَا مَشْرُوعَةٌ بِصِفَةِ الْوُجُوبِ فِي حَقِّ الْكُلِّ؛ لِمَا رَوَى الْبُخَارِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «الصَّحِيحِ»: مُسْتَدًّا إِلَى ابْنِ عُثْمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «مَا حَقَّ أَمْرِي مُسْلِمٌ لَهُ شَيْءٌ يُوصِي فِيهِ»^(٣)، يَبِيتُ لِبَيْتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ»^(٤)، وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ وَأَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَالنَّسَائِيُّ وَابْنُ مَاجَةٍ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: وَاجِبَةٌ فِي حَقِّ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمُ الْمَوْتُ أَنْ تَرَكَ خَيْرًا لَوَالِدَيْهِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].
وَالصَّحِيحُ: أَنَّهَا مَشْرُوعَةٌ بِطَرِيقِ التَّنْذِيرِ، وَعَلَيْهِ جَمْهُورُ الْفُقَهَاءِ؛ لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حَقٍّ فِي مَالِهِ بَعْقِدٍ، فَلَمْ يَكُنْ وَاجِبًا كَالْهَبَةِ وَالْعَارِيَةِ، وَلَئِنْ مَا لَا يَلْزَمُهُ حَالُ حَيَاتِهِ لَا

(١) وقع في الأصل: «أمران»، والمثبت من: «ن»، و«٢٢»، و«ع»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ع».

(٣) وقع في الأصل: «ه»، والمثبت من: «ن»، و«٢٢»، و«ع»، و«م»، و«ر». وهو الموافق لِمَا وَقَعَ فِي: «صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ».

(٤) أخرجه: الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا/بَابِ الْوَصَايَا وَقَوْلِ السَّيِّدِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَصِيَّةَ الرَّجُلِ مَكْتُوبَةً عِنْدَهُ [رَقْمُ: ٢٥٨٧]، وَمُسْلِمٌ فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْوَصِيَّةِ [رَقْمُ: ١٦٢٧]، وَأَبُو دَاوُدَ: فِي كِتَابِ الْوَصَايَا/بَابِ مَا جَاءَ فِي مَا يَوْمَرُ بِهِ مِنَ الْوَصِيَّةِ [رَقْمُ: ٢٨٦٢]، وَالتِّرْمِذِيُّ: فِي أَبْوَابِ الْحُسَيْنِ/بَابِ مَا جَاءَ فِي الْحَثِّ عَلَى الْوَصِيَّةِ [رَقْمُ: ٩٧٤]، وَالنَّسَائِيُّ: فِي كِتَابِ الْوَصَايَا/بَابِ الْإِكْرَاهِيَّةِ فِي تَأْخِيرِ الْوَصِيَّةِ [رَقْمُ: ٣٦١٦]، وَابْنُ مَاجَةٍ: فِي كِتَابِ الْوَصَايَا/بَابِ الْحَثِّ عَلَى الْوَصِيَّةِ [رَقْمُ: ٢٦٩٩]، وَغَيْرُهُمْ مِنْ حَلِيقَةِ: ابْنِ عُثْمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

يلزمه بعد موته ، كالإجارة وتبيع .

وقوله تعالى : ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْأُولَادِ﴾ . منسوخ بما روي في «السنن» : مُسَدًّا إلى أبي أمامة رضي الله عنه قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ ، فَلَا وَصِيَّةَ لِي وَارِثٍ» ^(١) . وأخرجه الترمذي وابن ماجة ، وقال فيه الترمذي : «إِنَّهُ حَسَنٌ» ، وهذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقبول ، ونسخ الكتاب بعثله جازر عندنا ، وهو حجة على الشافعي رضي الله عنه ، حيث يعتقد عدم [جواز] ^(٢) نسخ كتاب بالسنة ^(٣) ، وقد انتسخ بها .

وقال الإمام أبو بكر الرازي رحمته الله : «انتسخت هذه الآية بقوله تعالى : ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَوْنَ بِهَا أَوْ ذَيْبٍ﴾ [النساء : ١٢] . فإنه ^(٤) نص على الميراث بعد وصية منكرة ، فلو كانت الوصية للوادي والأقربين ثابتة بعد نزول هذه الآية لذكرها معرفة ، لأن تلك وصية معهودة» ^(٥) ، وإنما حمل الرازي على هذا ؛ لأنه كان لا يجوز نسخ الكتاب إلا بالحبر المتواتر .

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا/باب ما جاء في وصية للوارث [رقم/٢٨٧٠] ، والترمذي في أبواب الوصايا/باب ما جاء لا وصية نورث [رقم/٢١٢٠] ، وابن ماجة في كتاب الوصايا/باب لا وصية لوارث [رقم/٢٧١٣] ، وأحمد في المسند [٢٦٧/٥] ، والدارقطني في المعاد [٢٠/٣] من حديث أبي أمامة رضي الله عنه .

قال الترمذي : «هو حديث حسن» وقال ابن الملق «هذا الحديث حسن» . ينظر : «البيدراسير» لابن الملقن [٧٠٧/٦] .

(٢) ما بين المحققين : زيادة من «ن» ، و«ع» ، و«م» ، و«ر» .

(٣) ينظر : «الإبهاج في شرح المباهج» لسبكي [٢٤٧ ٢] ، و«لاحكام في أصول الأحكام» بلامدي [١٥٣/٣] و«البرهان في أصول الفقه» للجويني [٢٥٣/٢] .

(٤) وقع في الأصل «من» ، والعش من «ن» ، و«ع» ، و«م» ، و«ر» .

(٥) ينظر «المصون في الأصول» لأبي بكر الرازي [٣٦٢/٢] .

وقال في «شرح [٢٥٧/٨] التأويلات»: «دعوى الشيخ بهذه الآية لا تصح؛ لأن في الآية الأولى: أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَرَضَ عَلَى الْمُوصِي الوصية للوالدين والأقربين، وفي الآية الثانية: يَبَيِّنُ أَنَّهُ أَوْصَى اللَّهَ تَعَالَى لَهُمْ مِنْ غَيْرِ أَنْ [٢٥٧/٣] نظ. نفي الوصية من الموصي، ولا نهاهم عنها، فيجب أن يجمع بينهما بقدر الإمكان حتى لا ينسخ الحكم الثابت بالكتاب من غير ضرورة».

والوجه في الآية: أَنَّ الوصية للوالدين والأقربين منسوخة بقوله ﷺ: «فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»^(١).

وقال في «صحيح البخاري»: مُسْتَدًّا إِلَى عَطَاءٍ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ﷺ قَالَ: «كَانَ الْمَالُ لِتَوْلَدٍ»^(٢)، وَكَانَتِ الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ، فَسَخَّ اللَّهُ ذَلِكَ^(٣) مَا أَحَبَّ، نَجَعَلْ لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ، وَجَعَلَ لِلْأَبَوَيْنِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّدُسَ، وَجَعَلَ لِلْمَرْأَةِ الثَّمَنَ وَالرُّبْعَ، وَلِلزَّوْجِ الشُّطْرَ وَالرُّبْعَ»^(٤).

فإن قيل: إِنَّ هَذَا تَحْصِيصٌ وَلَيْسَ بِنَسْخٍ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى: «الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ» . انصرف إلى الوالدين اتملوكين أو الكافرين، وكذلك الرُّوْجَةُ.

وقوله ﷺ: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»^(٥)، انصرف إلى الوالدين والزوجة إذا كانوا ورثة، فَلَا قَرَى بَيْنَ الْآيَةِ وَالْحَرِّ.

(١) مصى تحريجه

(٢) في الأصل «للوالد»، ولشبه من «ال» و«٢٥٨»، و«لا»، و«لام»، وهو مرافق لما وقع في «صحيح البخاري».

(٣) عبد البخاري: «من ذلك»

(٤) أحرجه البخاري في كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث [رقم ٢٥٩٦]، من طريق: عطاء، عن أبي عباس عليه السلام به.

(٥) مصى تحريجه.

﴿ غَايَةُ الْمَبَانِ ﴾

قُلْنَا: لَا يَجُوزُ انْصِرَافُ الْآيَةِ إِلَى الْوَالِدَيْنِ الْكَافِرَيْنِ؛ لِأَنَّ كَلَامَ الْحَكِيمِ عَلَيْهِ
يَنْصَرِفُ إِلَى الْأَمْرِ الظَّاهِرِ، وَلَا يَنْصَرِفُ إِلَى الشَّاذِّ النَّادِرِ، فَمَتَى ذَكَرَ الْوَالِدَيْنِ،
فَإِنَّمَا يُفْهَمُ مِنْهُمَا الْوَالِدَانِ الْمَعْرُوفَانِ، وَهُمَا الْمُسْلِمَانِ، وَلَا يُفْهَمُ الْوَالِدَانِ
الْكَافِرَانِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ صَرْفُ الْآيَةِ إِلَيْهِ.

وَالْجَوَابُ عَنِ الْحَدِيثِ الَّذِي اسْتَدَلُّوا بِهِ عَلَى الْوُجُوبِ فِي حَقِّ الْكُلِّ فَنَقُولُ:
لَا نُسَلِّمُ أَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ، لِمَ لَا يَكُونُ الْمُرَادُ مِنْهُ التَّنْذِيرُ؟ عَلَى أَنَّا نَقُولُ
الْحَدِيثُ وَرَدَ شَاذًّا فِيمَا تَعُمُّ بِهِ الْبَلَوَى، وَالْوُجُوبُ لَا يَتَّبِعُ بِمِثْلِهِ.

وَأَمَّا شَرَائِطُ صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ:

فَمِنْهَا: أَهْلِيَّةُ الْمُبْرِعِ حَتَّى لَا تَصَحَّ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ وَلِْمُكَاتِبٍ فِي حَقِّ الْمَوْلَى
وَمِنْهَا: التَّقْدِيرُ بِثُلْثِ التَّرِكَةِ حَتَّى إِنَّمَا لَا تَصَحُّ فِيمَا رَادَّ عَلَى الثُّلُثِ، إِلَّا أَنْ
تُجِيرَ الْوَرَثَةُ، وَإِجَازَتُهُمْ وَرَدُّهُمْ يَصَحُّ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَا يَصَحُّ قَبْلَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّ
الْمِلْكَ بِالْوَصِيَّةِ يَتَّبِعُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَمِنْهَا: أَلَّا يَكُونَ الْمُوصِي لَهُ وَارِثًا إِلَّا أَنْ يُجِيرَ الْوَرَثَةُ، فَإِنْ أَجَازَ بَعْضُ
الْوَرَثَةِ، يَنْقُذُ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ لَا غَيْرَ.

وَمِنْهَا: أَلَّا يَكُونَ قَاتِلًا، وَلَوْ أَجَازَ الْوَرَثَةُ يَجُوزُ عِنْدَ [٢/٥٧٧/٨] أَبِي حَنِيفَةَ
وَمُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِمْ كَمَا فِي وَصِيَّةِ الْوَرَثَةِ.

وعند أبي يوسف عليه السلام: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّ اللَّهِ، فَصَارَ كَالْمِيرَاثِ^(١)

(١) ينظر «مختصر الطحاوي» [ص/١٥٦، ١٥٧]، «المبسوط» [١٤٣/٢٧، ١٤٤، ١٥٣، ١٧٧].

«تحفة الفقهاء» [٢/٢٠٧، ٢٠٨]، «الغنى السامع» [١٤٠٦/٣]، «بداية الصانع» [٤٣٦/٦، ٤٣٧].

«الاحتيار» [٥/٥٢٨]، «تنبيه الحقائق» [٦/١٨٢، ١٨٣]، «اللباب» [٢/٣٣٦، ٣٣٧].

قال: الوصية غير واجبة وهي مستحبة.

﴿باب الوصية﴾

ومنها: أَنْ يَكُونَ الْمُوصَى لَهُ موجودًا حَتَّى لَوْ أَوْصَى لِلْجَنِينِ إِنْ كَانَ موجودًا عَدَّ الْإِبْصَاءَ؛ يَصِحُّ وَإِلَّا فَلَا، وَإِنَّمَا يُعْرَفُ ذَلِكَ بِأَنْ وَلَدَ قَبْلَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ.

قوله: (إِذَا قَالَ) (١): الْوَصِيَّةُ غَيْرُ واجِبَةٍ وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ» (٢)، وَإِنَّمَا قَالَ بِالْإِسْتِحْبَابِ بَعْدَ نَقْيِ الْوُجُوبِ؛ رَدًّا لِقَوْلِ الْبَعْضِ أَنَّهَا واجِبَةٌ (٣)؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الْإِسْتِحْبَابُ مِنْ نَقْيِ الْوُجُوبِ لِحَوَازِ الْإِبَاحَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ مَشْرُوعَةً لَنَا لَا عَلَيْنَا؛ لِمَا رَوَى الطَّحَاوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «شرح الآثار»: مُسَدَّدًا إِلَى أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لَكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ» (٤).

وَرَوَى ابْنُ مَاجَهٍ فِي «سُنَنِهِ» وَقَالَ: حَدَّثَنَا عَلِيُّ بْنُ [٤٩٨/٣] مُحَمَّدٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا وَكِيعٌ، عَنْ طَلْحَةَ بْنِ عَمْرٍو، عَنْ عَطَاءٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ عِنْدَ وفَاتِكُمْ بِثُلُثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ فِي أَعْمَالِكُمْ» (٥)، وَالْمَشْرُوعُ لَنَا لَا يَكُونُ قَرْضًا، وَلَا واجِبًا، بَلْ يَكُونُ مَنُودَبًا،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ال»، و«ع»، و«لا»، و«م»، و«ر».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٤٢].

(٣) قال في «اليسابيع»: قيل: إنها واجبة على العموم، وقيل: واجبة للراغبين والأقربين، والصحيح مندوبة وليست بواجبة. كذا في «التصحيح» [ص ٤٦٥]، وانظر رد ابن عابدين على من قال أنها واجبة كما في «رد المحتار» [٦٤٨/٦].

(٤) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٣٨٠/٤]، من حديث أبي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ به.

قال ابن عبد البر: «هو حديث الفرد بن طلحة بن عمرو عن عطاء عن أبي هُرَيْرَةَ، وطلحة ضعيف». ينظر: «التمهيد» لابن عبد البر [٣٨٣/٨].

(٥) أخرجه: ابن ماجه في كتاب الوصايا/باب الوصية بالثلث [رقم ٢٧٠٩]، بهذا الإسناد به.

قال ابن الملقن: «في إسناده طلحة بن عمرو المكي روى عن عطاء، عن أبي هُرَيْرَةَ، وقد ضعفوه، قال أحمد: لا شيء، متروك الحديث، وليث التمار، فقال لم يكن بالحافظ»، وقال ابن حجر: =

﴿أثره البهائي﴾

ولأن^(١) هذا نوع تبرع بعد الوفاة، فيعتبر بالتبرع قبل الوفاة، وذلك مندوب، فكذا هذا، والكلام مر مستوفى قبل هذا.

قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله في «مختصره»: «الوصية مخثوث عليها، مرغبت فيها، غير مفروضة ولا موجبة، وهي في ثلث مال الموصي بعد الدين والموارث بعدهما؛ لقول الله ﷻ بعد ذكر الموارث: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢].»

وقال الكرخي رحمه الله أيضاً: «الوصية ما أوجبها الموصي في ماله متطوعاً بها من غير أن يستحق ذلك عليه، وسواء أوجبه بموته، أو في مرضه الذي مات فيه، مثل أن يقول: أعطوا زيداً من مالي ألف درهم، أو تصدقوا عني بألف، أو حجوا عني، أو اعتقوا عني، أو يقول: فلان حر بعد موتي، أو يأمر بذلك في شيء من القرب بعد موته، وكذلك إن فعل هو ذلك في مرضه الذي مات فيه، فتصدق، أو أطعم، أو كسا، أو اعتق، أو وهب شيئاً من ماله، وكذلك ما أوجبه بموته.

فأما ما^(٢) كان موجباً بموته؛ فسواء أوجبه بقول في صحته، أو مرضه؛ فهو كله وصية.

فأما ما أوجبه بغير شرط الموت؛ فما كان منه في صحته فليس ذلك بوصية، وهو جائز عليه في جميع المال، وما كان في مرضه برأ منه؛ فهو كذلك مثل الصحة، وما كان في [٢٥٨/٨] مرضه الذي مات فيه؛ فإن ذلك من ثلثه لا يجاوز

«إسناده صحيح» بظن «البحر المبر» لابن الملقن [٢٥٤/٧]. «الدريه في تجميع أحاديث الهداية» لابن حجر [٢٠٦٦/٤].

(١) في الأصل: «الأن»، والمثبت من «ن»، و«٢٢٦»، و«ع»، و«م»، و«ر».

(٢) في الأصل: «إدا»، والمثبت من «ن»، و«٢٢٦»، و«ع»، و«م»، و«ر».

وَالْقِيَاسُ بِأَبْنَى جَوَازِهَا؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُكَ مُضَافٌ إِلَى حَالِ زَوَالِ مَالِكِيَّتِهِ، وَلَوْ أُصِيفَ إِلَى حَالِ قِيَامِهَا يَأْنُ قِيلَ مَلَكَتُكَ غَدًا كَانَ بَاطِلًا فَهَذَا أَوْلَى، إِلَّا أَنَّا اسْتَحْسَنَّا لِحَاجَةِ النَّاسِ إِلَيْهَا، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ مَغْرُورٌ بِأَمَلِهِ مُقْصِرٌ فِي عَمَلِهِ، فَإِذَا عَرَضَ لَهُ الْمَرَضُ الْبَيَاتُ.....

عنه لسان

به الثُّلُثُ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ، وَمَا أَخْبَرْتُكَ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ فِي الثُّلُثِ. وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لَوَارِثٍ أَوْ يَسْتَحِقُّهُ وَارِثٌ؛ فَهُوَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ»^(١).

وَأَجْمَعَ عَلَى ذَلِكَ الْمُسْلِمُونَ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ فَيَجُوزُ عِنْدَنَا^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرَّخِيِّ رحمه الله.

قوله: (وَالْقِيَاسُ بِأَبْنَى جَوَازِهَا)، أي: جواز الوصية.

وجه القياس: ما [قال، وقلنا]^(٣) قبل هذا.

وَوَجْهُ الاستِحْسَانِ: الْكِتَابُ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنَ﴾ [النساء ١٢]، وَالسُّنَنُ الْوَارِدَةُ فِي هَذَا الْبَابِ وَإِجْمَاعُ الْأُمَّةِ.

وَيَذُلُّ عَلَيْهِ نَوْعُ مِنَ الْمَعْقُولِ: وَهُوَ أَنَّ الْإِنْسَانَ الْمُقْصِرَ إِذَا نَظَرَ فِي أَحْوَالِهِ السَّابِقَةِ وَتَفَكَّرَ فِي مُعَادِهِ، يُرِيدُ تَذَارُكَ تَقْصِيرِهِ بِتَحْصِيلِ الثَّوَابِ بِإِثَارِ مَالِهِ جَبْرًا لِمَا فَاتَ، فَجُوزَتِ الْوَصِيَّةُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ بِإِبْقَاءِ مَالِكِيَّتِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ دَفْعًا لِحَاجَتِهِ، كَمَا بَقِيََتْ مَالِكِيَّتُهُ فِي قَدْرِ التَّجْهِيزِ وَالذِّينِ دَفْعًا لِحَاجَتِهِ أَيْضًا.

قوله: (وَخَافَ الْبَيَاتُ)، أَرَادَ الْبَيَاتِ الْهَلَكَ وَالْمَوْتَ، وَالْبَيَاتُ: اسْمٌ بِمَعْنَى

(١) معنى تحريجه.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للغدوري [ق/٣٩٧/داماد].

(٣) في الأصل «قد، وقال»، والمثبت من «ن»، و«٢٥»، و«ع»، و«م»، و«ر».

يحتاج إلى تلافٍ بعض ما فَرَطَ مِنْهُ مِنَ التَّفْرِيطِ بِمَا لِهَ عَلَى وَجْهِ لَوْ مَضَى بِهِ
يَتَحَقَّقُ مَقْصِدُهُ الْمَالِي، وَلَوْ أَنْهَضَهُ الْبُرْءُ بِصَرْفِهِ إِلَى مَطْلَبِهِ الْحَالِيِّ، فِي شَرْعِ
الْوَصِيَّةِ ذَلِكَ فَسَرَعَنَاهُ، وَمِثْلُهُ فِي الْإِجَارَةِ بَيِّنَاهُ، وَقَدْ تَبَقَّى الْمَالِكِيَّةُ بَعْدَ الْمَوْتِ
بِاعْتِبَارِ الْحَاجَةِ كَمَا فِي قَدْرِ التَّجْهِيزِ وَالذِّينِ، وَقَدْ نَطَقَ بِهِ الْكِتَابُ وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى
﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ ذَيْنَ ﴾ [النساء: ١٢] وَالسُّنَّةُ وَهُوَ قَوْلُ النَّبِيِّ
- ﷺ - «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ زِيَادَةً لَكُمْ
فِي أَعْمَالِكُمْ تَصْعُونَهَا حَيْثُ شِئْتُمْ» أَوْ قَالَ «حَيْثُ أَحْبَبْتُمْ» وَعَلَيْهِ إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ.
ثُمَّ تَصَحُّ لِلْأَجَنِيِّ فِي الثُّلُثِ مِنْ غَيْرِ إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ لِمَا بَيَّنَّاهُ، وَسُيِّنَ مَا
هُوَ الْأَفْضَلُ بِهِ فِيهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ: وَلَا يَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ - ﷺ - فِي حَدِيثِ سَعْدِ

عَايَةَ الْبَيَانِ

النَّبِيِّ، وَهُوَ أَنْ يَأْتِيَ الْعَدُوَّ لَيْلًا.

قَوْلُهُ: (إِلَى تَلَا فِي بَعْضِ مَا فَرَطَ مِنْهُ مِنَ التَّفْرِيطِ)، أَيُّ: إِلَى تَدَارُكِ بَعْضِ مَا
سَبَقَ مِنْهُ مِنَ التَّقْصِيرِ.

قَوْلُهُ: (وَمِثْلُهُ فِي الْإِجَارَةِ بَيِّنَاهُ)، يَعْنِي: كَمَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ فِي الْقِيَاسِ،
وَتَجُوزُ فِي الِاسْتِحْسَانِ، فَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ لَا تَجُوزُ فِي الْقِيَاسِ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ مَنُفْعَةً
مَعْدُومَةً [٢/٤٩٨ ط]، وَلَكِنَّهَا جُوزَتْ اسْتِحْسَانًا دَفْعًا لِحَاجَةِ النَّاسِ.

قَوْلُهُ: (لِمَا بَيَّنَّاهُ)، إِشَارَةٌ إِلَى وَجْهِ الِاسْتِحْسَانِ مِنَ الْمُنْقُولِ وَالْمَعْقُولِ.

قَوْلُهُ: (وَسُيِّنَ مَا هُوَ الْأَفْضَلُ بِهِ فِيهِ)، أَيُّ: فِي فِعْلِ الْوَصِيَّةِ، أَوْ فِي قَدْرِ
الْوَصِيَّةِ، وَأَشَارَ بِذَلِكَ إِلَى مَا قَالَ بَعْدَ وَرْقَةٍ بِقَوْلِهِ: (وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُوصِيَ الْإِنْسَانُ
بِذَوِي الثُّلُثِ).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ ﷺ

عن أبي وقاصٍ - رضي الله عنه - «الثُلُثُ وَالثُلُثُ كَثِيرٌ» بَعْدَ مَا نَقَى بِالثُّلُثِ وَالتَّصْفِي، وَلِأَنَّهُ حَقُّ الْوَرَثَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ انْعَقَدَ سَبَبُ الرُّوَالِ إِلَيْهِمْ وَهُوَ اسْتِغْنَاؤُهُ عَنِ الْمَالِ

﴿ غايه البيان ﴾

في «مختصره»^(١).

وَالْأَضْلُ فِي ذَلِكَ: مَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ رضي الله عنه فِي كِتَابِ «الْأَنْبَارِ» وَقَالَ: أَخْبَرَنَا أَبُو حَنِيْفَةَ قَالَ: حَدَّثَنَا عَطَاءُ بْنُ السَّائِبِ عَنْ أَبِيهِ عَنْ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ رضي الله عنه، قَالَ: دَخَلَ النَّبِيُّ ﷺ يَعُوذُنِي قَالَ: فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَوْصِي بِمَا لِي كُلُّهُ، قَالَ: «لَا»، فَقُلْتُ: فَبِالتَّصْفِي؟ قَالَ: «لَا». قُلْتُ: فَبِالثُّلُثِ؟ قَالَ: «الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، لَا تَدْعُ أَهْلَكَ يَتَكَفَّفُونَ [٢٥٨/٢٤٨] النَّاسَ»^(٢).

وَفِي رِوَايَةِ «صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ»: «إِنَّكَ أَنْ تَدْعَ وَرَثَتَكَ أَغْيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»^(٣)، وَلِأَنَّ مَا شُرِعَ لِحَاجَةِ الْعَبْدِ تَبْقَى مَالِكِيَّتُهُ فِيهِ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَا يُنَاقِي الْحَاجَةَ، بَلْ يُحَقِّقُهَا، إِذِ الْمَوْتُ مَعْنَى يُنَاقِي الْحَيَاةَ، وَهُوَ عَجْزُ كُلِّهِ، وَالْحَاجَةُ نَقْصٌ يَنْجَبِرُ بِالْمَطْلُوبِ، وَلِهَذَا قُدِّمَ تَجْهِيزُهُ، ثُمَّ دِيُونُهُ، ثُمَّ وَصَايَاهُ عَلَى الْإِزْثِ، وَبَقِيَتْ مَالِكِيَّتُهُ فِي الْوَصِيَّةِ لِيَتَدَارَكَ بَعْضُ تَقْصِيرَاتِهِ السَّالِفَةِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى التَّدَارُكِ، مُقَدَّرَةً بِالثُّلُثِ بِالْحَدِيثِ، وَلَمْ تَجْزِ وَصِيَّتُهُ بِالثُّلُثِ أَيْضًا فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ بِالْحَدِيثِ الْآخَرِ.

وَالْمَعْنَى فِيهِ: أَنَّ حَالَ مَرَضِ الْمَوْتِ حَالُ اسْتِغْنَائِهِ عَنِ الْمَالِ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ؛ كَانَ أَوْلَى النَّاسِ بِمَالِهِ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ مِنَ الْوَرَثَةِ، وَلَكِنْ اسْتِغْنَاءَهُ عَنِ الْمَالِ فِي قَدْرِ الثُّلُثِ، لَمْ يُظْهِرْهُ الشَّرْعُ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ، فَتَقَيْنَا حَاجَتَهُ فِي ذَلِكَ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/ ٢٤٢].

(٢) أخرجه محمد بن الحسن في «الأنبار» [٢/ ٥٦٠] طبعة دار الوادر، بهذا الإسناد به، والحديث

مضى تحريجه.

(٣) مضى تحريجه.

فَأَوْجَبَ تَعَلُّقَ حَقِّهِمْ بِهِ

عنه السعد

القدر في حق الأجنبي، فصَحَّ إيصاؤه له به.

وقد ظهر استغناؤه في حق الوارث، فلم يصح إيصاء له أضلا بقوله **﴿١﴾**: «لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ»^(١).

والمعنى في ذلك: أنه لو صحَّ في حق الوارث، يلزم قطيعة الرِّجْم بإثارة الموصي بعض الورثة على البعض، لأنه يلزم من ذلك تأذي من لم بوص له. قالوا في حديث سعد فوائده:

منها: أن من حق المريض أن يُعاد.

ومنها: أنه لا بأس للإنسان أن يستغني من المغني وإن لم يأت بيت المغني.

ومنها: أن الوصية بما زاد على الثلث لا تجوز.

ومنها: أن عدم الجواز لحق الورثة، حيث أشار **﴿٢﴾** إليه بقوله: «لَيْنُ نَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ»^(١).

ومنها: أن المستحب في الوصية: أن يوصي بما دون الثلث؛ لقوله **﴿٣﴾**: «الثلث والثلث كثير»^(٢).

ومنها: أن الغني الشاكر أفضل من الفقير الصابر؛ لقوله **﴿٤﴾**: «لَيْنُ نَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ»^(١)، وفي أن الغني الشاكر أفضل، أو الفقير الصابر: كلام بين المشايخ **﴿٥﴾** مر في كتاب الهبة.

(١) مضمون تخريجه.

(٢) هذا جزء من حديث سعد **﴿٦﴾** وقد مضمون تخريجه.

(٣) هذا جزء من حديث سعد **﴿٧﴾** وقد مضمون تخريجه.

(٤) هذا جزء من حديث سعد **﴿٨﴾** وقد مضمون تخريجه.

لَا أَلَّ الشَّرْعَ لَمْ يُظْهِرْهُ فِي حَقِّ الْأَجَانِبِ بِقَدْرِ الثُّلُثِ لِيَتَذَارَكَ مَصِيرُهُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَأَظْهَرَهُ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ الطَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَتَصَدَّقُ بِهِ عَلَيْهِمْ تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّقَى مِنَ الْإِثَارِ عَلَى مَا [د/٢٨٤] تَبَيَّنَتْ، وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنْ أَكْثَرِ الْكِبَائِرِ» وَفَسَّرُوهُ بِالزَّيْدَةِ عَلَى الثُّلُثِ وَبِالْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ.

﴿ غايه تبيان ﴾

وفي عمدة روايات الحديث المذكور رُوي: «الشُّطْرُ»، مكان «النَّصْفِ»، وهو بمعنى النصف.

والعالة: جَمْعُ عَائِلٍ، وَهُوَ الْفَقِيرُ.

تَكْفَفَ السَّائِلُ وَاسْتَكْفَفَ: إِذَا بَسَطَ كَفَّهُ بِالسُّؤَالِ، أَوْ^(١) سَأَلَ النَّاسَ كَفًّا [د/٤٩١] مِنْ طَعَامٍ، أَوْ مَا تَكْفُفُ الْجَوْعَةَ، كَذَا فِي «الْفَائِقِ»^(٢) فِي الشَّيْنِ مَعَ الطَّاءِ.

قوله: (لَمْ يُظْهِرْهُ)، الضمير البارز فيه، وهي قوله: (وَأَظْهَرَهُ)، إلى الاستغناء.

قوله: (تَحَرُّزًا عَمَّا يَتَّقَى مِنَ الْإِثَارِ)، أي: احترازاً عما يَتَّقَى مِنْ إِثَارِ الْوَصِيِّ بَعْضَ لَوْرَثَةٍ عَلَى الْبَعْضِ فِي الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ حَيْثُ بَيَّنَّا دَوَى الْبَعْضِ لِأَحَرٍ، فَيُنْضِي ذَلِكَ إِلَى قَطْعِ لَرْجِمٍ، وَهُوَ حَرَامٌ بِالنَّصِّ.

قوله: (عَلَى مَا تَبَيَّنَتْ)، إشارة إلى قوله عند قوله: (وَلَا تَجُوزُ لَوَارِثِهِ، وَلِأَنَّهُ يَتَأَذَّى الْبَعْضُ بِإِثَارِ الْبَعْضِ).

قوله: (وَقَدْ جَاءَ فِي الْحَدِيثِ: «الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنْ أَكْثَرِ الْكِبَائِرِ»^(٣)).

(١) وقع في الأصل: «إِثَارَ»، والمثبت من «د»، و«٢٦٥»، و«ع»، و«م»، وهو الموافق لما وقع في «الفائق».

(٢) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٢/٢٤٤].

(٣) أخرجه ابنُ مَرْزُوقٍ في «تفسيره» كما في «تفسير ابن كثير» [٤/٤٩٦]، عن ابنِ عَبَّاسٍ، عَنِ الشَّيْخِ كَثَّةٍ قَالَ: «الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ الْكِبَائِرِ».

وأخرجه الدارقطني في «سننه» [٤/١٥٦]، والطبراني في «المعجم الأوسط» [رقم/٨٩٤٧]، =

قال: إِلَّا أَنْ يُجِيرَهَا الْوَرِثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَهُمْ كِبَارٌ لِأَنَّ الْإِمْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ وَهُوَ

عبد الباق

ولما في صححة هذا الحديث فَنَظَرُ، ومع هذا يَرَوِي «الْحَيْفُ» بالحاء المهملة
المصنوعة وبالياء الساكنة، بمعنى: الجَوْرِ، وَيَرَوِي بالجيم والثَّوْنِ المفتوحين،
معني: «الْمَيْلُ»، منه قوله تعالى: ﴿فَمَنْ خَافَ مِنْ مُوسَى جَعًّا أَوْ إِثْمًا﴾ [البقرة: ١٨٢]،
وَفَسَّرُوهُ في الآية بالوصية بما رآه على الثَّلَثِ، وبالوصية للوارث.

وبكر قال في «الفرعيتين»: وفي الحديث: «إِنَّا نَرُدُّ [مِنْ]»^(١) جَنَفِ الْمَظَالِمِ
مَا يَرُدُّ مِنْ جَنَفِ الْمُوصِي»^(٢).

وقال في «المائق»: «الجائف: المَيْلُ، والجَنَفُ والإجْنافُ كذلك، ومنه
حديث عروة رضي الله عنه: يَرُدُّ مِنْ صَدَقَةِ الْجَائِفِ فِي مَرَضِهِ مَا يَرُدُّ مِنْ وَصِيَّةِ الْمُجْجِفِ عِنْدَ
مَوْتِهِ»^(٣). إلى هنا لفظ «المائق»^(٤).

قوله: (إِلَّا أَنْ يُجِيرَهَا الْوَرِثَةُ)، وهو لَفْظُ الْقُدُورِيِّ، وهو استثناء من قوله:

= والبيهقي في «السنن الكبرى» [٢٧١/٦]، مرفوعاً من حديث ابن عباس رضي الله عنه بلفظ «الإصرارُ في
الوصية بين الكتائب» هذا لفظ البيهقي.

وأخرجه: سعيد ابن منصور في «سننه» [رقم/٣٤٢]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى»
[٢٧١/٦]، مرفوعاً على ابن عباس رضي الله عنه بلفظ: «الْحَتَفُ فِي الْوَصِيَّةِ وَالْإِصْرَارُ فِيهَا مِنَ الْكُتَابِ».
قال البيهقي - رحمه - «هذا هو الصحيح موقوف - وروى من وجه آخر مرفوعاً، ورفعه ضعيف».
وقال ابن أبي لعر «قالوا: إن رفعه لا يصح، وإنما هو من كلام ابن عباس نفسه» ينظر. «التتبع
على مشكلات الهداية» لابن أبي لعر [٩٤٠/٥]، و«الدراية في تحريج أحاديث الهداية» لابن
حجر [٢٨٩/٢]

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من «ن»، و«ع»، وهو موافق لما وقع في «الفرعيتين».

(٢) ينظر: «العريين» لأبي عبيد الهروي [٣٧٧/١].

(٣) أخرجه: أبو داود في «مراسيله» [رقم/١٩١]، من طريق الثَّعَالِبي بن الوليد بن مزند، عن أبيه، عن
الأوزاعي، عن الزمري عن عروة رضي الله عنه.

قال أبو داود: «هذا الحديث، لا يصح رفعه».

(٤) ينظر «المائق في عريب الحديث» للرمخشري [٢٣٩/١].

«يُصَوِّرُ» (وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَ أَحَادِهِمْ فِي حَالِ حَيَاتِهِ) لِأَنَّهُمَا قَبْلَ ثَبُوتِ الْحَقِّ إِذْ الْحَقُّ

«يُصَوِّرُ»

وَلَا يَفَرِّقُ بَيْنَهُمَا رَأً عَلَى الثَّلَاثِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ هَلَاةُ الدِّينِ الْأَسْجَبَانِيُّ رحمته الله فِي «شَرْحِ الْكَافِي»: «أَوَّلُ مَرَضٍ يَأْتِي مِنَ الثَّلَاثِ، ثُمَّ يَمُوتُ الْفَضْلُ عَلَى الثَّلَاثِ إِلَّا أَنْ يُحْيِيَهَا الْوَرِثَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ أَوْ يَرُدُّهَا، لِأَنَّ عَدَمَ الصَّحَةِ لِحَقِّهِمْ، فَهِيَ رَضُوا بِسُقُوطِ حَقِّهِمْ، نَعْدَ تَصَرُّفِهِ.

وَلَوْ أَحَادُوا فِي حَيَاتِهِ، ثُمَّ رُدُّوهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، كَانَ لَهُمْ ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ رِصَّةٌ يَلُورِثُ هُوَ عَلَى هَذَا، إِنْ أَحَادُوا بِهَا بَعْدَ الْمَوْتِ، لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا عَنْ ذَلِكَ، إِنْ كَانَ فِي حَالِ الْحَيَاةِ، لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَهَذَا عِنْدَنَا.

وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا فِي الْوَجْهَيْنِ، لِأَنَّ حَقَّهُمْ ثَبَتَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ، فَأَمَّا إِذَا مَاتَ تَبَيَّنَ أَنَّهُمْ أَسْقَطُوا حَقَّهُمْ بَعْدَ ثَبُوتِهِ، فَصَحَّ^(١).

وَلَمَّا أَنَّ حَقَّهُمْ ثَبَتَ عِنْدَ الْمَوْتِ، لِأَنَّهُ إِذَا يُحْكَمُ بِكَوْنِ الْمَرِيضِ مَرَضًا، نَمُوتَ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَلَكِنَّهُ يُسْتَنْدُ إِلَى أَوَّلِ الْمَرَضِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالِاسْتِنَادُ لَا يَعْمَلُ إِلَّا فِي الْعَائِمِ، وَتَصَرُّفُهُمْ حِينَ وَقَعَ بِجَاذَةِ وَقَعَ لَعَوًا، لِأَنَّ لَهُمْ مُعَرَّدَ حَقٍّ حِينَئِذٍ لَا حَقَّ لَهُمْ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الْإِجَاذَةِ وَهُوَ مُنْقَضٌ.

وَإِنْ طَهَّرَ أَنَّهُ كَانَ ثَابِتًا، لِأَنَّ ذَلِكَ الْحَقَّ يَقْبُضُ حَقِيقَةً [٢/٥٩٨] عِنْدَ الْمَوْتِ، وَنُفُوزِ أَهْلِنَا إِحَادَتُهُمْ قَبْلَهُ، لِأَنَّهُ لَنَا الْحَقِيقَةُ بَعْدَ الْمَوْتِ بِذَلِكَ، فَلَا يَحُوزُ، لِأَنَّ الرِّصَّةَ بِطَلَانِ مُعَرَّدَ حَقٍّ لَا يَدُلُّ عَلَى الرِّصَا بِطَلَانِ حَقِيقَةٍ لِمَلِكٍ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله فِي «الْكِتَابِ»: بَلَّغْنَا ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ رحمته الله، يَعْنِي: إِنْ إِحَادَةُ الْوَرِثَةِ لِلرِّصَّةِ قَبْلَ الْمَوْتِ لَيْسَ بِشَيْءٍ^(٢).

يَتَّبَعُ عِنْدَ الْمَوْتِ مَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ بَعْدَ وَقَاتِهِ ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لِأَنَّهُ
بَعْدَ ثُبُوتِ الْحَقِّ فَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَرْجِعُوا عَنْهُ ؛ لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ .

غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّهُ يُسْتَدُّ عِنْدَ الْإِجَارَةِ ، لَكِنَّ الْإِسْتِنَادَ يَظْهَرُ فِي حَقِّ الْقَائِمِ
وَهَذَا قَدْ مَضَى وَتَلَاشَى ، وَلِأَنَّ الْحَقِيقَةَ تَثْبُتُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَقَبْلَهُ يَتَّبَعُ مُجَرَّدُ
الْحَقِّ ، فَلَوْ اسْتَدَّ مِنْ كُلِّ وَجْهِ يَنْقَلِبُ حَقِيقَةً قَبْلَهُ ، وَالرِّضَا بِطُلَانِ الْحَقِّ لَا
يَكُونُ رِضًا بِطُلَانِ الْحَقِيقَةِ وَكَذَا إِنْ كَانَتْ التَّوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ وَأَحَارَهُ الْبَقِيَّةُ
فَحُكْمُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ .

غَايَةُ الْبَيَانِ

قَوْلُهُ : (فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ) ، أَيُّ : لِلْوَرِثَةِ [٤٩٠، ٣] أَنْ يَرُدُّوهُمَا مَا أَجَازُوا مِنْ
لِوَصِيَّةٍ الزَّائِدَةِ عَلَى الثَّلَاثِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي إِذَا كَانَتْ إِجَازَتُهُمْ فِي حَيَاتِهِ ،
بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ الْإِجَازَةُ بَعْدَ لَمُوتِ ، حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُمُ الرَّدُّ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُمْ
أَسْقَطُوا حَقَّهُمْ بَعْدَ ثُبُوتِهِ .

قَوْلُهُ : (لِأَنَّ السَّاقِطَ مُتَلَاشٍ) ، يَتَعَلَّقُ بِقَوْلِهِ : (فَكَانَ لَهُمْ أَنْ يَرُدُّوهُ) ، يَعْنِي :
إِنَّمَا كَانَ لِلْوَرِثَةِ رَدُّ مَا أَحَازُوهُ فِي حَيَاتِ حَيَاةِ الْمُوصِي ؛ لِأَنَّ إِجَارَتَهُمْ كَانَتْ سَاقِطَةً
حِينَئِذٍ لِإِعْدَمِ مُصَادَفَتِهَا مَحَلِّهَا ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَمْ يَتَّبَعْ لَهُمْ إِلَّا عِنْدَ الْمَوْتِ ، فَلَمَّا كَانَتْ
تِلْكَ الْإِجَازَةُ سَاقِطَةً كَانَ لَهُمْ رَدُّهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ مُعْتَبَرَةً .

وَلَا يُقَالُ . إِذَا تَبَتَّ حَقُّهُمْ عِنْدَ الْمَوْتِ ، يَسْتَدُّ ذَلِكَ إِلَى أَوَّلِ الْمَرَضِ ،
فَبِالْمَوْتِ يَظْهَرُ أَنَّ حَقَّهُمْ كَانَ ثَابِتًا قَبْلَ الْمَوْتِ ، فَيَصِحُّ إِجَارَتُهُمْ .

لَآنَا نَقُولُ : الْإِجَازَةُ حِينَ وَقَعَتْ سَقَطَتْ وَتَلَاشَتْ ؛ لِإِعْدَمِ مُصَادَفَتِهَا مَحَلِّهَا ،
وَأَثَرُ الْإِسْتِنَادِ إِنَّمَا يَظْهَرُ فِي الْقَائِمِ لَا فِي الْمُتَلَاشِي ، كَمَا فِي الْعُقُودِ الْمَوْثُوقَةِ إِذَا
لَحِقَتْهَا الْإِجَارَةُ ، فَمَا تَصِحُّ إِذَا كَانَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ قَائِمًا لَا هَالِكًا ، وَكُثُوبِ الْمِلْكِ
فِي الْمَغْضُوبِ إِذَا أَدَّى ضِمَانَهُ .

وكل ما جار بإجارة الورثة يملكه المجرر له من قبل الموصي عندما
ومع الشافعي من قبل الوارث، والصحيح قولنا لأن السبب صدر من
موصي، والإجارة رفع المانع ونس من شرطه القصر فصار كالمُرْتَهَن إِذَا
حارَتِ الرَّاهِن.

غاية السار

قوله: (وكل ما جار بإجارة الورثة يملكه المجرر له من قبل الموصي عندما.
وعند الشافعي من قبل الوارث)، ذكره تقريباً.

قال في «مختصر الأسرار»: «إذا أوصى بجميع ماله، فأجارت الورثة؛ كان
تميكا من الميت، وكذلك الوصية للوارث خلاف أحد قولي الشافعي: يكون هبة
من الورثة، [إن قبضت صحّت، وإلا بطلت]»^(١).

لنا: قوله عليه السلام: «لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الْوَرِثَةُ»^(٢) [٣]، فدل على
أنهم إذا أجازوها كانت وصية؛ لأنه أثبت بالاستثناء ما نفاه، ولأنه عقد على ملك
نفسه مع تعلّق حق الغير به، فإذا أسقط الغير حقه؛ نفذ العقد من جهته، كما لو
أوصى وعليه دين فأبرأه الغريم، وكالراهن إذا باع الرهن فأجزه المرتهن، ولأن
الهيئة المبتدأة لا تحوز بلفظ الإجارة، فلما جارت الوصية بهذا اللفظ؛ دل أن

(١) والمهذب في فقه الإمام الشافعي للشيخ أبي [٣٤٢/٢].

(٢) أخرجه: أبو داود في «المراسيل» [رقم/ ٣٤٩]، والدارقطني في «سننه» [٩٧/٤]، ومن طريقه
البيهقي في «السنن الكبرى» [٢٦٢/٦]، وغيرهم من طريق ابن خزيمة، عن عطاء الخراساني،
عن ابن عباس عليهما السلام مرفوعاً بلفظ: «لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ، إِلَّا إِذَا شَاءَ الْوَرِثَةُ»
قال أبو داود - عقب تخريجه - «عطاء الخراساني لم يذكر ابن عباس ولم يره».

وقال ابن حجر: «هذا إساد ظاهره الصحة؛ إذ المأذون أن يعطى هو ابن أبي رباح، فلو كان كذلك،
لكان على شرط الصحيح، لكن عطاء المذكور هو الخراساني، وفيه ضعف، ولم يسمع من ابن
عباس». ينظر: «مواضع الخبر المختبر» لابن حجر [٣٢٢/٢].

(٣) ما بين المعنيتين، زيادة من: «ن»، «ع»، «و»، «ما»، «و»، «م»، «و»، «ار».

قال: وَلَا يَخُوزُ لِلْقَائِلِ عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مُبَاشِرًا (بقوله
 ﴿لَا وَصِيَّةٌ لِلْقَائِلِ﴾.....

(٨/٢٦٠/٨) الإحارة إقصاء لعقد الوصية.

قَالُوا: مِلْكٌ لِلْوَارِثِ مَلَكَهُ يَمُوتِ الْمُوصِي، فَوَحَّتْ أَنْ يَكُونَ تَمْلِكًا م، كَمَا
 لَوْ وَهَبَ مِلْكٌ نَفْسَهُ.

قُلْنَا: مِلْكُ الْوَارِثِ هَذَا مِلْكٌ مُزَاعَى، فَإِذَا أَحَارَ عَقْدُ الْمُوصِي رَدَّ الْمِلْكُ
 وَاسْقَطَ حَقُّهُ عَنْهُ، فَبَعْدَ فِيهِ حَقُّ الْمَيِّتِ، وَالْمَعْنَى فِي الْهَيْئَةِ الْمُتَبَدِّلَةِ أَنَّهَا تَعْتَبَرُ إِلَى
 لَفْظٍ يَصِيرُ ابْتِدَاءُ الْعَقْدِ بِهِ، فَلَمَّا لَمْ يَفْتَحِرْ هُنَا إِلَى لَفْظٍ يَجُوزُ ابْتِدَاءُ الْعَقْدِ بِهِ، لَمْ
 يَكُنْ تَمْلِكًا مِنَ الْوَارِثِ.

وَفَائِدَةُ تَمْلِكِ الْمُجَازِ لَهُ، وَهِيَ الْمُؤَصَّى لَهُ مِنَ الْمُوصِي صَحَّتِ الْإِحَارَةُ فِي
 الْمَشَاعِ^(١)، وَكَوْنُهُ مِلْكًا لَهُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَكَوْنُ الْوَارِثِ مَجْزُورًا بِالتَّسْلِيمِ بَعْدَ
 الْإِجَازَةِ، وَلَوْ كَانَتْ هَيْئَةُ مُتَبَدِّلَةٍ مِنَ الْوَارِثِ، اِمْتَكَسَتْ الْأَحْكَامُ، فَعَلَى مَا قَالَ
 الشَّافِعِيُّ^(٢): لَا خَيْرَ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَلَا مِلْكٌ قَتْلُ التَّسْلِيمِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ وَلَا يَخُوزُ لِلْقَائِلِ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ^(٣) فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٤)

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ»^(٥): (عَامِدًا كَانَ أَوْ خَاطِئًا بَعْدَ أَنْ كَانَ مُبَاشِرًا)، وَإِنَّمَا
 قَبْدَ بِالمُبَاشَرَةِ، لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُبَاشِرًا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ جِزْمَانُ الْمِيرَاثِ وَتَطْلُلُ الْوَصِيَّةُ،
 وَلَا تَحِبُّ الْكُفَّارَةُ أَيْضًا كَمَا فِي حَافِرِ الشَّرِّ، وَوَاصِعُ الْحَخَرِ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ^(٦)
 وَهَذَا مَالِكٌ^(٧): تَصَحُّحُ الْوَصِيَّةِ لِلْقَائِلِ^(٨).

(١) فِي الْأَصْلِ «الشَّارِعُ»، وَالْمَثَلُ مِنْ «وَالْمَثَلُ»، وَ«وَالْمَثَلُ»، وَ«وَالْمَثَلُ».

(٢) يَطْرُقُ «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/٢٤٢]

(٣) يَطْرُقُ «التَّحْرِيدُ» [٥٨١٨/١١]، «الْمَسْوَطُ» [٦/٢٧]، «بَدَائِعُ الصَّانِعِ» [٢٧١/٧]

(٤) يَطْرُقُ «الْمَدُونَةُ» لِحُجُونِ [٣٤٧/٤]، وَ«التَّظْفِيرُ فِي الْهَفَاةِ الْمَالِكِيَّةِ» لِلْقَاضِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ [٢١٩/٢]

﴿ غَاثَةُ الْمَلَأَ ﴾

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ رحمته الله ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: فِي [٥٠٠/٢] قَوْلٍ: تَصَحُّحٌ، [وَفِي قَوْلٍ: لَا تَصَحُّحٌ] ^(١)، وَفِي قَوْلٍ: فَرَّقَ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ لِلْجَارِحِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ، وَبَيْنَ الْجَارِحِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ لَهُ، فَإِنَّهُ مُسْتَعَجِلٌ لِحَقِّهِ كَالْإِثْرِ. كَذَا فِي «وَجِيزِهِمْ» ^(٢).

اِحْتَجَّ مَنْ جَوَّزَ: بِأَنَّهُ ^(٣) أَجَبِيٌّ مِنْهُ، فَصَحَّحَتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ^(٤) كَغَيْرِ الْقَاتِلِ.

وَلَنَا: مَا قَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله فِي «الْأَصْلِ»: بَلَعْنَا عَنْ عَلِيٍّ رحمته الله: أَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْ لِقَاتِلِ مِيرَاثٍ، وَعَنْ عُمَرَ رحمته الله [مِثْلُهُ، وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ] ^(٥) فِي «الْأَسْرَارِ» وَغَيْرِهِ: أَنَّهُ قَالَ: «لَا وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ»، وَلَا مُخْلِفَ [لَهُ] ^(٦)، فَحَلَّ مَحَلَّ الْإِجْمَاعِ.

وَرَوَى عَنْ عُبَيْدَةَ السَّلْمَانِيِّ رحمته الله فِي كُتُبِ التَّفَاسِيرِ أَنَّهُ قَالَ: لَمْ يُورَثْ قَاتِلٌ بَعْدَ صَاحِبِ الْبَقَرَةِ ^(٧)، وَلَأنَّ الْقَاتِلَ اسْتَعَجَلَ مَا أَجَّلَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ لَهُ يَتِمَلَّكُ الْوَصِيَّةَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، فَالْقَاتِلُ اسْتَعَجَلَ ذَلِكَ، فَيُرَدُّ عَلَيْهِ، كَمَا فِي الْوَارِثِ إِذَا قَتَلَ مُورَثَهُ يُحْرَمُ الْمِيرَاثُ؛ لِأَنَّهُ اسْتَعَجَلَ مَا أَخَّرَهُ اللَّهُ تَعَالَى.

أَوْ نَقُولُ: الْوَصِيَّةُ يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ فِيهَا بَعْدَ الْمَوْتِ، فَيَمْنَعُ مِنْهُ الْقَتْلُ كَالْإِثْرِ، وَلَأنَّ الْمُوصِيَّ لَهُ شَرِيكُ الْوَارِثِ، يَزِيدُ حَقَّهُ بزيادةِ الْمَالِ، وَيَنْقُصُ [٥٢٠/٨] بِنَقْصَانِ الْمَالِ، فَإِذَا أَسْقَطَ الْقَتْلُ أَحَدَ الْحَقَّيْنِ؛ أَسْقَطَ الْآخَرَ.

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْفَقَتَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ: «ن»، وَ«ع»، وَ«فَا»، وَ«م».

(٢) يَطْرُقُ «الْوَجِيرُ» مَعَ الْعَرَبِ شَرْحُ الْوَجِيرِ لِلْفَرَاغِ [٢٠/٧]

(٣) فِي الْأَصْلِ: «أَنَّهُ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، وَ«فَا»، وَ«ع»، وَ«م».

(٤) فِي الْأَصْلِ: «لَهُمْ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، وَ«فَا»، وَ«ع»، وَ«م».

(٥) مَا بَيْنَ الْمُعْفَقَتَيْنِ رِيَادَةُ مِنْ: «ن»، وَ«ع»، وَ«فَا»، وَ«م»، وَ«ر».

(٦) مَا بَيْنَ الْمُعْفَقَتَيْنِ: زِيَادَةُ مِنْ: «ع»، وَ«فَا»، وَ«م»، وَ«ر».

(٧) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي حَاتِمٍ «الْمُسْتَدْرَكُ» [١٣٦/١]، وَابْنُ حَزْمٍ فِي «الْمَحَلِّ» [٨٠/١١]، وَابْنُ بَيْهَقٍ

فِي «لِسْنِ الْكَبِيرِ» [٢٢٠/٦]، مِنْ طَرِيقِ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ عَنْ عُبَيْدَةَ السَّلْمَانِيِّ رحمته الله بِهِ

﴿ غَايَةُ الْبَهَالِ ﴾

يُوضَّحُ: أَنَّ الْمِيرَاثَ يَتَعَلَّقُ بِسَبَبٍ لَا يَنْقُصُ، وَالْوَصِيَّةُ تَتَعَلَّقُ بِسَبَبٍ يَنْقُصُ،
فَإِذَا مَنَعَ الْقَتْلُ أَقْوَى الْحَقِّينِ؛ فَلَأَنَّ يَمْنَعُ أَضَعَفَهُمَا أَوْلَى.

فَإِنْ قِيلَ: يَجُوزُ أَنْ يَمْنَعَ الْإِرْثَ مَا لَا يَمْنَعُ الْوَصِيَّةَ كَالْكُفْرِ.

قُلْنَا: الْكُفْرُ لَمَّا مَنَعَ الْإِرْثَ مَنَعَ الْوَصِيَّةَ؛ لِأَنَّهَا لَا تَجُوزُ لِلْمُخَرَّبِيِّ، فَكَذَلِكَ
الْقَتْلُ يَحِبُّ أَنْ يُؤْتَرَ فِي الْوَصِيَّةِ، وَلِأَنَّ الْمُوصِي لَهُ بِالْجَرْحِ اسْتِعْجَلٌ مَا آخَرَهُ اللَّهُ
تَعَالَى عَنْهُ بِفِعْلٍ مَحْظُورٍ، فَصَارَ الْمَقْتُولُ كَالْحَيِّ فِي حَقِّهِ، فَهُوَ كَالْوَارِثِ إِذَا جَرَحَ
[الْمَوْرَثُ] ^(١).

وَلَا يَلْزَمُ أُمُّ الرَّكَدِ إِذَا قَتَلَتْ مَوْلَاهَا؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا يَجُوزُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالْمَوْتِ،
وَيَجُوزُ أَنْ تَقْدَمَ أَنْ يَفْتَقَهَا، فَلَمْ تَسْتَعِجِلْ مَا حَكَّمَ اللَّهُ بِتَأْخِيرِهِ، وَالْوَصِيَّةُ لَا تُمَلِّكُ
إِلَّا بِالْمَوْتِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْمُوصِي بَعْدَ الْجَرْحِ يَقْدِرُ عَلَى الرُّجُوعِ عَنْ وَصِيَّتِهِ، فَإِذَا لَمْ يَفْعَلْ؛
فَقَدْ رَضِيَ بِهَا، وَلَمْ يَجْرُوحْ لَا يَقْدِرُ عَلَى سَقَاطِ الْإِرْثِ، فَلِذَلِكَ سَقَطَ الْإِرْثُ.
قُلْنَا: إِذَا سَقَطَ بِالْقَتْلِ مَا لَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ عَنْهُ، فَأَوْلَى أَنْ يَسْقُطَ مَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ
عَنْهُ.

فَإِنْ قِيلَ: عَتَبَرُ الْوَصِيَّةِ بِالْمِيرَاثِ لَيْسَ بِصَحِيحٍ؛ لِأَنَّ مَحِلَّ كُلِّ وَاحِدٍ
مَخْتَلِفٌ؛ لِأَنَّ مُسْتَحِقَّ الْمِيرَاثِ: الْقَرِيبُ، وَمُسْتَحِقَّ الْوَصِيَّةِ: الْبَعِيدُ.

قُلْنَا: افْتِرَاقُهُمَا مِنْ هَذَا الْوَحْدِ لَا يَمْنَعُ اسْتَوَاءَهُمَا فِي أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُحْرَمُ
بِسَبَبِ الْقَتْلِ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَا يُسْتَحَقُّ بِعَقْدِ النِّكَاحِ غَيْرُ مَا يُسْتَحَقُّ بِالْقَرَابَةِ، فَإِنَّ الْأُمَّ
تُسْتَحَقُّ بِالْقَرَابَةِ عَنْ ابْنِهَا، وَلَا تُسْتَحَقُّ بِالنِّكَاحِ، وَعَكْسُهُ الزَّوْجَةُ، ثُمَّ افْتِرَاقُهُمَا مِنْ

(١) مَا بَيْنَ الْعَقُوفَتَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ: ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦، ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٧٢، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٧٧، ١٤٧٨، ١٤٧٩، ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢، ١٤٨٣، ١٤٨٤، ١٤٨٥، ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٨، ١٤٨٩، ١٤٩٠، ١٤٩١، ١٤٩٢، ١٤٩٣، ١٤٩٤، ١٤٩٥، ١٤٩٦، ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٤٩٩، ١٥٠٠، ١٥٠١، ١٥٠٢، ١٥٠٣، ١٥٠٤، ١٥٠٥، ١٥٠٦، ١٥٠٧، ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥١٠، ١٥١١، ١٥١٢، ١٥١٣، ١٥١٤، ١٥١٥، ١٥١٦، ١٥١٧، ١٥١٨، ١٥١٩، ١٥٢٠، ١٥٢١، ١٥٢٢، ١٥٢٣، ١٥٢٤، ١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٥٣١، ١٥٣٢، ١٥٣٣، ١٥٣٤، ١٥٣٥، ١٥٣٦، ١٥٣٧، ١٥٣٨، ١٥٣٩، ١٥٤٠، ١٥٤١، ١٥٤٢، ١٥٤٣، ١٥٤٤، ١٥٤٥، ١٥٤٦، ١٥٤٧، ١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠، ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٥٥، ١٥٥٦، ١٥٥٧، ١٥٥٨، ١٥٥٩، ١٥٦٠، ١٥٦١، ١٥٦٢، ١٥٦٣، ١٥٦٤، ١٥٦٥، ١٥٦٦، ١٥٦٧، ١٥٦٨، ١٥٦٩، ١٥٧٠، ١٥٧١، ١٥٧٢، ١٥٧٣، ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦، ١٥٧٧، ١٥٧٨، ١٥٧٩، ١٥٨٠، ١٥٨١، ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ١٥٨٧، ١٥٨٨، ١٥٨٩، ١٥٩٠، ١٥٩١، ١٥٩٢، ١٥٩٣، ١٥٩٤، ١٥٩٥، ١٥٩٦، ١٥٩٧، ١٥٩٨، ١٥٩٩، ١٦٠٠، ١٦٠١، ١٦٠٢، ١٦٠٣، ١٦٠٤، ١٦٠٥، ١٦٠٦، ١٦٠٧، ١٦٠٨، ١٦٠٩، ١٦١٠، ١٦١١، ١٦١٢، ١٦١٣، ١٦١٤، ١٦١٥، ١٦١٦، ١٦١٧، ١٦١٨، ١٦١٩، ١٦٢٠، ١٦٢١، ١٦٢٢، ١٦٢٣، ١٦٢٤، ١٦٢٥، ١٦٢٦، ١٦٢٧، ١٦٢٨، ١٦٢٩، ١٦٣٠، ١٦٣١، ١٦٣٢، ١٦٣٣، ١٦٣٤، ١٦٣٥، ١٦٣٦، ١٦٣٧، ١٦٣٨، ١٦٣٩، ١٦٤٠، ١٦٤١، ١٦٤٢، ١٦٤٣، ١٦٤٤، ١٦٤٥، ١٦٤٦، ١٦٤٧، ١٦٤٨، ١٦٤٩، ١٦٥٠، ١٦٥١، ١٦٥٢، ١٦٥٣، ١٦٥٤، ١٦٥٥، ١٦٥٦، ١٦٥٧، ١٦٥٨، ١٦٥٩، ١٦٦٠، ١٦٦١، ١٦٦٢، ١٦٦٣، ١٦٦٤، ١٦٦٥، ١٦٦٦، ١٦٦٧، ١٦٦٨، ١٦٦٩، ١٦٧٠، ١٦٧١، ١٦٧٢، ١٦٧٣، ١٦٧٤، ١٦٧٥، ١٦٧٦، ١٦٧٧، ١٦٧٨، ١٦٧٩، ١٦٨٠، ١٦٨١، ١٦٨٢، ١٦٨٣، ١٦٨٤، ١٦٨٥، ١٦٨٦، ١٦٨٧، ١٦٨٨، ١٦٨٩، ١٦٩٠، ١٦٩١، ١٦٩٢، ١٦٩٣، ١٦٩٤، ١٦٩٥، ١٦٩٦، ١٦٩٧، ١٦٩٨، ١٦٩٩، ١٧٠٠، ١٧٠١، ١٧٠٢، ١٧٠٣، ١٧٠٤، ١٧٠٥، ١٧٠٦، ١٧٠٧، ١٧٠٨، ١٧٠٩، ١٧١٠، ١٧١١، ١٧١٢، ١٧١٣، ١٧١٤، ١٧١٥، ١٧١٦، ١٧١٧، ١٧١٨، ١٧١٩، ١٧٢٠، ١٧٢١، ١٧٢٢، ١٧٢٣، ١٧٢٤، ١٧٢٥، ١٧٢٦، ١٧٢٧، ١٧٢٨، ١٧٢٩، ١٧٣٠، ١٧٣١، ١٧٣٢، ١٧٣٣، ١٧٣٤، ١٧٣٥، ١٧٣٦، ١٧٣٧، ١٧٣٨، ١٧٣٩، ١٧٤٠، ١٧٤١، ١٧٤٢، ١٧٤٣، ١٧٤٤، ١٧٤٥، ١٧٤٦، ١٧٤٧، ١٧٤٨، ١٧٤٩، ١٧٥٠، ١٧٥١، ١٧٥٢، ١٧٥٣، ١٧٥٤،

ورثة استعمل ما أحله الله فيحرم لوصيه كما يحرم الميراث.

وما من الشافعي: تجوز للقائيل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لرجل ثم إنّه من الموصي تنطّل الوصية عندنا، وعنده لا تنطّل، والحجة عليه في الفضليين ربّاه.

ولو أجازتها الورثة؛ جاز عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: لا يحور؛ لأنّ جنايته باقية والإمتناع لأخيها.

ففيه البيان

هذا الوجه لا يمتنع استواءهما في الحرمان بسبب القتل

قالوا: من صحّت له الوصية إذا لم يكن قائلاً؛ صحّت إذا كان قاتلاً كالصبي.

قلنا: الصبي لا يتعلّق بفعله اقوّد، فلم يتعلّق به حرمان الوصية، والبالغ بحالاه.

قالوا: ما لا يمتنع الوصية في الصغير، لا يمتنعها^(١) في الكبير، أضله: حقر البئر.

قلنا: لا نسلم أنّ حقر البئر قتل، والمعنى في الحافر [٥٠٠ ر] أنه لم يوقع فعلاً في الواقع، ولا فيما اتصل به، فلم يمتنع الوصية بفعله، والمبشر أوقع لفعل في المقتول، فأنز ذلك في استحقاق ما يستحقّ بالموت كالميراث.

قوله: (فيحرم الوصية)، على صيغة المبني للمفعول، و(الوصية) منصوب؛ لأنّه مفعول ثانٍ بقي على حاله، والأوّل قام مقام الماعل.

قوله: (ولو) [٢٦١/٨] أجازتها الورثة، جاز عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف رحمته: لا يحور^(٢)، ذكره على سبيل التفرع.

(١) في الأصل «يمنع»، ولعلبت من «ن»، و«٢٨٥»، و«ع»، و«م»، و«ر».

(٢) قال في التصحيح [٤٦٥] وعلى قولهما مشي لأتة كما في الرسم اه قال لفوري =

شأنه الميراث

قال القدوري في كتاب «التقريب» : «إذا أوصى لقاتله ، وأجازت الورثة ؛ [لم يجز]»^(١) ، وقال محمد رحمه الله : «يجوز» .

لأبي يوسف رحمه الله : أن منعه الوصية للقاتل لحق الله تعالى عقوبة على ما فعله من القتل ، فصار كالحدد ، ولأنه حرّم الوصية لأجل القتل ، كما حرّم الميراث ، فإذا لم تعمل الإجازة في أحدهما ، كذلك في الآخر .

ولمحمد رحمه الله : أن المنع من الوصية لحق الوارث ؛ لأن المال يكثر متى بطلت ، فوقف^(٢) على إجازتهم ، كالوصية بجمع المال ، والوصية للوارث .

قال القدوري رحمه الله : وقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله .

وقال في «شرح الطحاوي»^(٣) : «وفي كل موضع يحتاج إلى الإجازة ، فإنما يجز^(٤) إذا كان المميز من أهل الإجازة نحو ما إذا أجاز ، وهو بالغ عاقل صحيح ، ولو أجاز وهو مجنون أو صغير ؛ لم تجز إجازته» .

ثم قال في «شرح الطحاوي» رحمه الله : «وبو أجاز بعض الورثة ، ولم يجز البعض ، ففي حق الذي أجاز ؛ كأن كلهم أجازوا ، وفي حق الذي لم يجز ؛ كأن كلهم لم يجزوا» .

وبيان ذلك : إذا مات الرجل وترك اثنين ، وأوصى لرجل ينصف ماله ،

= في «النجر» [٤٠٢١/٨] : قال أصحابنا لا تصح الوصية للقاتل وإن قتل الموصي له الموصي بعد الوصية بطلت الوصية . وأقره في «المبرط» [١٧٧/٢٧] .

(١) في الأصل : «لا يصح» ، والمثبت من : «أ»، «و»، «ع»، «م»، «و» .

(٢) في الأصل : «وقف» ، والمثبت من : «أ»، «و»، «ع»، «م»، «و» .

(٣) سطر اشرح مختصر الطحاوي «للأنسيباني» [٣١٠/ق] .

(٤) في الأصل : «يجز» ، والمثبت من : «أ»، «و»، «ع»، «م»، «و» .

وَبَيْنَهُمَا أَنْ الْإِمْتِنَاعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ نَفْعَ نُصْلَائِهَا يَعُودُ إِلَيْهِمْ كَنَفْعِ بُطْلَانِ لِمِيراثٍ، وَلِأَنَّهُمْ لَا يَرْضَوْنَهَا لِلْقَلِيلِ، كَمَا لَا يَرْضَوْنَهَا لِأَحَدِهِمْ.

قَالَ: وَلَا تَجُوزُ لَوَارِثِهِ، لِقَوْلِهِ - ﷺ - «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَعْطَى كُلَّ دِي حَقَّ حَقِّهِ،

﴿ عليه السبيل ﴾

فَأَحَارَتِ الْوَرَثَةُ؛ فَلِمَالٍ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعٌ، لِلْمُوصَى لَهُ رُبْعَانِ، [وَهُوَ النِّصْفُ وَرُبْعَانِ لِلْإِثْنَيْنِ] ^(١)، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُبْعُ الْمَالِ، وَلَمْ يَجِزُوا لِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ الْمَالِ، وَالثَّلَاثِ لِلْإِثْنَيْنِ لِكُلِّ [وَاحِدٍ] ^(٢) مِنْهُمَا ثُلُثُ الْمَالِ.

وَلَوْ أَجَازَ وَاحِدٌ، وَلَمْ يُجِزِ الْآخَرُ؛ جَازَ فِي حَقِّ الَّذِي أَجَازَ، كَأَنَّهُمَا أَجَازَا، وَنُعْطَى لَهُ رُبْعُ الْمَالِ، وَفِي حَقِّ الَّذِي لَمْ يُجِزْ كَأَنَّهُمَا لَمْ يُجِزَا يُعْطَى لَهُ ثُلُثُ الْمَالِ، وَالْبَاقِي يَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ، فَيُجْعَلُ الْمَالُ عَلَى اثْنَيْ عَشَرَ؛ لِحَاجَتِنَا إِلَى الثُّلُثِ وَالرُّبْعِ، فَالرُّبْعُ لِلَّذِي أَجَازَ - وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ - وَالثُّلُثُ لِلَّذِي لَمْ يُجِزْ - وَهُوَ أَرْبَعَةٌ - وَبَقِيَ خَمْسَةٌ، فَهِيَ لِلْمُوصَى لَهُ ^(٣).

قَوْلُهُ: (وَلِأَنَّهُمْ لَا يَرْضَوْنَهَا لِلْقَلِيلِ، كَمَا لَا يَرْضَوْنَهَا لِأَحَدٍ مِنْهُمْ)، أَيُّ: لَا يَرْضَى الْوَرَثَةُ الْوَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ، كَمَا لَا يَرْضَوْنَ لِأَحَدٍ الْوَرَثَةَ.

بَيَانُهُ: أَنَّ [٢/٥٢٦١/٨] الْمَرِيضَ مَخْجُورٌ عَنِ النَّصْرِفِ فِي مَالِهِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ إِلَّا بِمَا اسْتَشْنَى الشَّرْعُ عَنْ حَقِّ الْوَرَثَةِ، وَالشَّرْعُ إِنَّمَا اسْتَشْنَى الثُّلُثَ فِي حَقِّ مَنْ لَمْ يَتَّأَذَّ بِهِ الْوَرَثَةُ، لَا فِي حَقِّ مَنْ لَمْ يَتَّأَذَّوْا، وَالْوَرَثَةُ يَتَّأَذُّونَ بَوَضْعِ الْمَالِ عِنْدَ الْقَاتِلِ، كَمَا يَتَّأَذُّونَ بَوَضْعِ الْمَالِ عِنْدَ الْوَارِثِ، فَبَقِيَ اسْتَحْجَرُ لَتَعْلُقَ حَقَّ الْوَرَثَةِ كَمَا كَانَتْ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا تَجُوزُ لَوَارِثِهِ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ

(١) فِي الْأَصْلِ: «لِلْإِثْنَيْنِ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، وَ«ف»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٢) هَائِلٌ لِمَعْنَوْتَيْنِ رِيَادَةً مِنْ: «ن»، وَ«ف»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

(٣) يَنْظُرُ «إِشْرَاحُ مَخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ» لِلْأَسْبِيحِيَّاتِ [ق/٣١٠].

أَلَا لَا [٢٨١] وَصِيَّةٌ لَوَارِثٍ، وَلَئِنَّهُ يَتَأَذَّى الْبَعْضُ بِإِثَارِ النَّعْصِ فِي تَخْوِيفِ
قَطِيعَةِ الرَّجَمِ وَلَئِنَّهُ خِيفَ بِالْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ، وَيُعْتَرِزُ كَوْنُهُ وَارِثًا أَوْ غَيْرَ
وَارِثٍ وَقَدْ أَلْمُوتَ لَا وَقَدْ أَلْوَصِيَّةٌ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ مُصَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ.
وَحُكْمُهُ يَبْتَدِئُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

فيه: «إِلَّا أَنْ يُجِيرَهَا الْوَرِثَةُ»^(١)، وذلك لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ «الشَّيْخِ» مُسَدِّدٍ إِلَى
أَبِي أُمَامَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنْ أَلْفَ قَدْ [٢٨٢] دَرَاهِمَ أُعْطِيَ كُلُّ بَيْتٍ حَرْقًا
حَقًّا، فَلَا وَصِيَّةٌ لَوَارِثٍ»^(٢)، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ لَوْ صَحَّحْتُ يَلْزَمُ قَطِيعَةَ الرَّجَمِ
بَيْنَ الْوَرِثَةِ سَبَبٍ إِثَارِ الْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ بِالْوَصِيَّةِ، حَيْثُ يَتَأَذَّى الْبَعْضُ الَّذِي
حُرِّمَ الْوَصِيَّةُ، وَقَطْعُ الرَّجَمِ خَرَامٌ بِالنَّعْصِ، فَكَمَا مَا كَانَ مِنَّا لِحُصُولِهِ

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي كِتَابِ «كُتُبِ الْوَصَايَا» «وَمَنْ أَلْفَ الْقَطْلَانِ نِ
الْوَصِيَّةُ لَوْ حَارَزَتْ لِلْوَارِثِ، فَرُثَمَا يُوصِي الْإِنْسَانُ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ مِمَّنْ هُوَ أَحَبُّ إِلَيْهِ،
فَتَقَعُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ الْمَنَوَاةِ وَالْبَغْضَاءِ، فَيُؤْذِي ذَلِكَ إِلَى الْفَسَادِ، وَمَا كَانَ يُؤْذِي إِلَى
الْفَسَادِ فَهُوَ قَاسِدٌ.

وهذا كما رَوَيْنَا عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنْ تَرْوِيعِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَمَلِهِ.
وَعَلَى خَالَتِهَا»^(٣).

وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ: أَنَّهُ يُؤْذِي إِلَى أَنْ يَقَعَ بَيْنَهُمَا عَدَاوَةٌ، فَيُؤْذِي [دَعَا] إِلَى

(١) يَطْرُقُ «مَحْتَصِرُ الْقُدُورِيِّ» [ص ٢٤٢]

(٢) عَصَى تَحْرِيجَهُ.

(٣) أَخْرَجَهُ التَّحَارِيُّ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ بَابَ لَا نِكَاحَ الْمَرْأَةِ عَلَى عَمَلِهَا [رَقْم ١٠٠٨]، وَفِيهِ مِنْ
كِتَابِ النِّكَاحِ بَابِ مَحْرَمِ النِّكَاحِ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَلِهَا أَوْ خَالَتِهَا فِي النِّكَاحِ [رَقْم ١٤٠٨]، وَفِيهِ مِنْ
مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) مَا بَيْنَ الْمَعْنَوَيْنِ زِيَادَةٌ مِنْ «فِي»، وَ«فِي» وَ«فِي» وَ«فِي» وَ«فِي» وَ«فِي».

والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية؛ لأنه وصية حكما حتى بعد من الثلث

شأنه البيان ﴿٣﴾

فَقَطَعَ الرَّجِمَ.

وكما روي أنه ﷺ: نَهَى رَحَلًا عَنْ تَخْصِصِ بَعْضِ وَلَدِهِ فِي الْعَطِيَّةِ ^(١)، لَمَّا يُؤَدِّي إِلَى الْعَدَاوَةِ بَيْنَ أَوْلَادِهِ، فَكَذَلِكَ هُنَا لَمَّا كَانَ يُؤَدِّي إِلَى الْعَدَاوَةِ، وَقَطَعَ الرَّجِمَ؛ نَهَى عَنِ الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ إِلَّا أَنْ يُجِيرَهَا الْوَرِثَةُ.

وقد ورد الحديث بلفظ الاستثناء أيضا في بعض الروايات، ولأن المنع بحق الورث الآخر، [فإذا أحرار] ^(٢) جازت، ثم يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا عِنْدَ الْمَوْتِ، لَا وَقْتُ لَوْصِيَّةٍ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ يُضَافُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، فَيُعْتَبَرُ رِمَانُ التَّمْلِكِ لَا قَبْلَهُ، وَلِهَذَا يُعْتَرَفُ فِي إِجَازَةِ مَا فَوْقَ الثُّلُثِ فِي الْوَصِيَّةِ [لِلْأَجْنِيِّ] ^(٣)، وَرَدَّهُ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ لَا قَبْلَهُ، وَكَذَلِكَ فِي قَبُولِ الْإِيصَاءِ.

وفائدته تَطَهَّرَ فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِأَخِيهِ وَلَا ابْنَ لَهُ، ثُمَّ وَلَدَ لَهُ ابْنٌ فَمَاتَ الْمُرْصِي؛ تَصَحُّ الْوَصِيَّةِ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَخِيهِ وَلَهُ ابْنٌ، ثُمَّ (٢٦٢٨ م) مَاتَ الْإِبْنُ، فَمَاتَ الْمُورِثِي؛ تَبَطَّلَ الْوَصِيَّةُ.

قوله: (وَالْهَبَةُ مِنَ الْمَرِيضِ لِلْوَارِثِ فِي هَذَا نَظِيرُ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ حُكْمًا حَتَّى تَنْفُذَ مِنَ الثُّلُثِ)، يَعْنِي: كَمَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا وَقَبْلَ الْمَوْتِ، فَكَذَلِكَ فِي هَبَةِ الْمَرِيضِ مَرَضَ الْمَوْتِ لَوَارِثِهِ يُعْتَبَرُ كَوْنُهُ وَارِثًا وَقَبْلَ

(١) أخرجه البخاري في كتاب الهبة وفضلها/باب الهبة للولد وإذا أعطى بعض ولده شيئا لم يجر حتى يعطى بينهم ويعطي الآخرين مثله ولا يشهد عليه [رقم/٢٤٤٦]، ومسلم في كتاب الهبات/باب كراهه تفصيل بعض الأولاد في الهبة [رقم/١٦٢٣]، وغيرهما من حديث اسمعيل بن بشير رحمهم الله

(٢) في الأصل: «فما جاز»، والمثبت من: «لأن»، و«٢٦٢٨»، و«ع»، و«م»، و«و»

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «لأن»، و«٢٦٢٨»، و«ع»، و«م»، و«و»

وإقرار المريض لوارثه على عكسه؛ لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار.

خاتمة الباب

الموت؛ لأن هبته جعلت في وصية من حيث الحكم؛ بدليل أنها تعد من الثلث إذا كانت للأجنبي، كالوصية للأجنبي تعد^(١) من الثلث، فكانت الهبة [من الثلث] تمليكاً مضافاً إلى ما بعد الموت، وبيان مرض الموت مر في باب طلاق المريض. قوله: (وإقرار المريض لوارثه على عكسه)، أي: عكس الحكم في الهبة، يعني: يعتبر كونه وارثاً عند الإقرار لا عند الموت؛ لأن الإقرار تمليك وتصرف في الحال من غير نظر إلى ما بعد الموت، ولهذا لو أقر في مرض الموت لأجنبي بدين؛ صح من جميع المال.

وقائدة هذا إذا لم يكن وارثاً عند الإقرار، ثم صار وارثاً، فمات المقر، لا يبطل إقراره، ولكن هذا فيما إذا صار وارثاً بسبب [حادثة]^(٢)؛ لأن الاستحقاق مضاف إلى السبب الحادث، لا إلى القرابة.

فإذا صار وارثاً بسبب القرابة، لكن امتنع عملها لمانع عمل السبب عمله من ذلك الوقت، ولهذا لو أقر لأجنبي، ثم قال^(٣): هو ابني ثبت نسبه منه، وبطل إقراره. وإن أقر لأجنبية، ثم تزوجها؛ لم يبطل إقراره، وهي مسألة القُدوري رحمه الله، ونذّر في كتاب الإقرار.

وذكر في وصايا «الجامع الصغير»^(٤) ٥٠١/٣: لو أن المريض أقر لابنه بدين

(١) في الأصل: «حتى تعد»، والمشت من: «ن»، و«لا»، و«ع»، و«م»، و«ر».

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من: «ن»، و«ع»، و«ر».

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من «ن»، و«ع»، و«لا»، و«م»، و«ر».

(٤) في الأصل: «أقر»، والمشت من «ن»، و«لا»، و«ع»، و«م»، و«ر».

(٥) بطل. «الجامع الصغير» مع شرحه المانع الكبير [ص/ ٥٢٥].

قال: **إِلَّا أَنْ يُحْجِرَهَا الْوَرَثَةُ وَيُرَوِّىَ هَذَا الْإِسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ، وَلِأَنَّ الْإِمْتِنَاعَ لِحَقِّهِمْ فَتَجُوزُ بِإِجَازَتِهِمْ، وَلَوْ أَجَازَ بَعْضُ وَرَدَ بَعْضٌ، تَجُوزُ عَلَى الْمُجِبِّ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ لَوْلَايَتِهِ عَلَيْهِ وَيَبْطُلُ فِي حَقِّ الرَّادِّ.**

شهادة البهتان

وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد، ثم مات الرجل فالإقرار باطل، لأنه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائماً، وهو القرابة التي صار بها وارثاً في ثاني الحال.

وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها؛ لأن سبب التهمة لم يكن قائماً وقت الإقرار.

وعند زقر: الإقرار صحيح؛ لأنه وقت الإقرار لم يكن وارثاً^(١)، وقد مر في كتاب الإقرار.

فمن هذا عرفت: أن ما ذكر بعضهم في «شرح» سهو منه لا يصح نقله، وهو أنه قال: لو أقر لابنه بدين، وابنه عبد، ثم أعتق، ثم مات الأب وهو من ورثته؛ فالإقرار بالدين جائز؛ لأن كسب العبد لمولاه، فهذا الإقرار حصل من المريض في المعنى للمولى، والمولى أجني منه.

قوله: **(إِلَّا أَنْ يُحْجِرَهَا الْوَرَثَةُ)**، استثناء من قوله: **(وَلَا يَجُوزُ لِوَارِثِهِ)**.
قوله: **(وَيُرَوِّىَ هَذَا [١/٥٢٦٢/٨] الْإِسْتِثْنَاءُ فِيمَا رَوَيْنَاهُ)**، أي: يروى قوله: **«إِلَّا أَنْ يُحْجِرَهَا الْوَرَثَةُ»**^(٢)، في الحديث الذي رويناه في بعض الروايات، يعني: روي: **«لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يُحْجِرَهَا الْوَرَثَةُ»**^(٣)، وفيه نظر.

قوله: **(وَلَوْ أَجَازَ بَعْضُ وَرَدَ بَعْضٌ، تَجُوزُ عَلَى الْمُجِبِّ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ)**، ذكره

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي البيث السمرقندي [١/٧٢٣/٤]، «تبيين الحقائق» [١/١٨٢/٦].

(٢) هذا جزء من حديث مضمّن تحريره

(٣) مضمّن تحريره

قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ، وَالْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ؛ قَالَ أَوْلَى؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ﴾. [الممتحنة، ٨] الآية.

وَالثَّانِي لِأَنَّهُمْ يَعْقِدُ الذِّمَّةَ سَاوُوا الْمُسْلِمِينَ فِي الْمُعَامَلَاتِ وَلِهَذَا جَارَ التَّبَرُّعُ مِنَ الْجَبَاتَيْنِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ كَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ.

عَايَةُ ابْنِ سُلَيْمٍ

عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ.

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «فَإِنْ أَحَازَ بَعْضُ الْوَرِثَةِ مَا كَانَ مَوْقُوفًا عَلَى إِجَازَتِهِمْ، وَرَدَّ بَعْضُهُمْ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ عَلَى الْمُحِيزِ مِنْهُمْ بِقَدْرِ حَقِّهِ مِمَّا أَجَازَهُ فِي بَصِيهِ خَاصَّةً، وَتَبَطَّلُ مَا فِي أَنْصِبَاءِ الرَّادِّيْنَ»^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُهُ رحمته الله، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ غَيْرِهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ الْمُسْلِمُ لِلْكَافِرِ، وَالْكَافِرُ لِلْمُسْلِمِ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

وَأَرَادَ بِالْكَافِرِ: الذِّمِّيَّ؛ لِأَنَّ الْخَرَسِيَّ لَا تَحُوزُ لَهُ الْوَصِيَّةُ عَلَى مَا قُبِينَ.

وَاخْتَرَقَتِ الْوَصِيَّةُ وَالْإِرْثُ، حَيْثُ لَا يَجْرِي التَّوَارِثُ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذِّمِّيِّ، وَتَجْرِي الْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمَا، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِرْثُ وَلَايَةٌ بِطَرِيقِ الْخِلَافَةِ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ [لِلْمُؤَرَّثِ كَانَ]^(٣) لِلْوَارِثِ، وَلَا وَلَايَةٌ مَعَ خِلَافِ الدِّينِ.

وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ: فَتَمْلِكُ مُبْتَدَأً، وَلِهَذَا لَا يُرَدُّ الْمُوصِي لَهُ بِالْعَيْبِ، وَلَا بِصِرُّ مَغْرُورٍ فِيمَا شَتَرَاهُ الْمُوصِي، بِخِلَافِ الْوَارِثِ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ لَمْ

(١) ينظر: «شرح محضر الكرخي» للقدوري [٣/٣٩٨/د].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/٢٤٢].

(٣) ما بين المقرضين: زيادة من: «لا»، «رفع»، «وار»، «ولا»، «لام».

وفي: «الجامع الصغير»: الوصية لأهل الحرب باطلة^(١)؛ بقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَتَهَنَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلْتُمْ فِي الدِّينِ﴾ [المنحة ٩] الآية.

عليه السلام

يُخْرِجُكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ [المنحة ٨]، وذلك لأنهم إذا لم يُخْرِجُواكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ، وَلَمْ يُؤْذُواكُمْ، فهذا برٌّ منهم، فالعدل معهم أن تَرُوهُمْ أَنْتُمْ أَيْضًا بِحُسْنِ الْمَعَاشِرَةِ وَالصَّلَةِ بِالْمَالِ. كذا في «التيسير»، والوصية لهم بِالْمَالِ مِنَ الْبِرِّ، فَكَانَتْ جَائِزَةً، وَلَئِنَّ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ، فَجَازَ وَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ لَهُ كَالْمُسْلِمِ.

قال الفقيه أبو الليث في كتاب «نكت الوصايا»: «وروي عن صفية بنت حيي بن أخطب رضي الله عنها زوجة رسول الله ﷺ: أنها أَوْصَتْ بِثُلْثِ مَالِهَا لِأَخِيهَا وَهُوَ يَهُودِيٌّ^(٢)، وَكَانَ ذَلِكَ بِحَضْرَةِ الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم، فَلَمْ يُتَكْرَرُوا عَلَيْهَا».

وأما جواز وصية الكافر للمسلم: فلأن من جاز وصية المسلم [٥٠٢/٣] له؛ جاز وصيته للمسلم كالمسلم.

قوله: (وفي «الجامع الصغير»: الوصية لأهل الحرب باطلة^(٣)).

والأصل فيه: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَتَهَنَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلْتُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُواكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَهَرُوا عَلَىٰ إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [المنحة: ٩].

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وفي «السيرة الكبرى» ما يدل على الجواز

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٤].

(٢) أخرجه: سعيد بن منصور في «سننه» [رقم/ ٤٣٧]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٢٨١/٦]، من طريق: سُفْيَانَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عِكْرَمَةَ: أَنَّ صَوْبَةَ رَوْحَ النَّبِيِّ ﷺ قَاتَتْ لِأَخِهَا يَهُودِيٍّ: «أَسْلِمَ تَرَفِي» فَسَمِعَ بِذَلِكَ قَوْمُهُ، فَقَالُوا: أَتَيْتُ دِيْنَكَ بِالْغَيْبِ، فَأَبَى أَنْ يُسَمِّيَ، فَأَوْصَتْ لَهُ بِالثُلُثِ. لفظ البيهقي.

(٣) ينظر «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٤].

قال: وقبول الوصية بعد الموت، فإن قبلها الموصي له في حال الحياة، أو ردّها، فذلك باطل؛ لأنّ أوّان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يُعتبر قبله كما لا يُعتبر قبل العقد.

«غاية البيان»

فوحه لتوفيق بين الروايتين: أنّه لا ينبغي أن يعمل، وإن فعل جاز؛ لأنّه أهل للملك، أمّا وصية الحربي لمسلم أو ذمي بماله كله؛ فذلك جائز، وسيجيء بيانه في باب وصية الذمي.

وقال في «مختصر الأسرار»: «إذا أوصى المسلم للحربي؛ لم تصح الوصية مع اختلاف الدار بخلافًا للشافعي»؛ لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَتَهَنَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُوا فِي الدِّينِ﴾ الآية. ولأنّ في دفع الوصية إليهم تقوية لهم على حربنا، وفي كثير مالههم إضرارًا بالمسلمين؛ فصار كما لو أوصى بالسلاح، وبالعبد المسلم، ولأنّ من لا يحوز له الوصية له بالعبد المسلم لا يجوز الوصية له بالمال كالوارث.

قوله: (قال: وقبول الوصية بعد [الموت]^(١))، فإن قبلها الموصي له في حال الحياة، أو ردّها؛ فذلك باطل، أي: قد القدوري في «مختصره»^(٢).

اعلم: أن قبول الموصي له شرط لإفادة الملك في الموصي به حتى لا يملك قبل القول إلا في مسألة واحدة سيجيء بعد هذا بيانها إن شاء الله تعالى.

وعند زفر^(٣): [القبول]^(٣) ليس بشرط كالإيراث، وسيجيء البحث معه بعد هذا إن شاء الله تعالى، ثمّ القبول لمّا كان شرطاً عمدت؛ اعترض ذلك بعد موت الموصي، حتى إذا قبل الموصي له أو ردّ في حياة الموصي؛ فذلك باطل، وذلك

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «ع»، «و»، «ف»، «م»، «و»، «ل».

(٢) بنظر: «مختصر القدوري» [ص/ ٢٤٢].

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، «ع»، «و»، «ف»، «م»، «و»، «ل».

قال ويستحب أن يوصي الإنسان بذون الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء، لأن في التقيص صلة القريب بترك ما له عليهم، بخلاف امسكمال لثلاث لأنه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة.

﴿ نهاية البيان ﴾

لأن الوصية تمليك يتعلق بالموت.

ألا ترى أنه لو أوصى بثلاث عمه، أو ثلث ماله، استحق الموصى له ثلث ما يوحذ في ملك الموصي عند الموت، ولا يعتبر ما كان في ملكه وقت الوصية، وإذا كان عقد الوصية يتعقد عند الموت، كان القبول بعد ذلك، وما يوجد من القبول والرد قبل الموت لا يعتد به، لأنه قبل الإيجاب.

وقال الكرخي رحمه الله في «مختصره»: «قبول الموصى له ورده إنما يكون بعد موت الموصي، ولا ينظر إلى رده، ولا إلى إجازته قبل الموت، وإن قبل الموصى له بعد موت الموصي ملك ما أوصى له به إذا كان قدر الثلث، فإن لم يقبل بعد الموت؛ فالوصية موقوفة على قبوله، لا يصير في ملكه حتى يقبل، وهي خارجة عن ملك الموصي بموته ليست في ملك الوارث، وفي ملك الموصى له حتى يقبل، أو يموت الموصى له، فيكون ما أوصى له لورثته من بعده.

وموته كقبوله عند أصحابنا أبي حنيفة [٢٦٣/٨] وأبي يوسف ومحمد رحمه الله، وجعلوا ذلك بمنزلة البيع إذا كان الخيار فيه للمشتري دون البائع، فمات المشتري في الثلاث، فإن البيع بينهم، وتكون السلعة موروثة عن المشتري^(١). إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله.

قوله: (قال: ويستحب أن يوصي الإنسان بذون الثلث)، أي: قال القُدوري رحمه الله في «مختصره»^(٢).

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقُدوري [ق/٣٩٧/دأدأ].

(٢) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/٢٤٢].

ثُمَّ الْوَصِيَّةُ بِأَقْلَ مِنَ الثُّلْثِ أَوْ لَى أَمْ تَرْكُهَا؟ قَالُوا: إِنْ كَانَتْ الْوَرَّةُ فَقَرَاءَ وَلَا يَسْتَعْنُونَ بِمَا يَرِثُونَ فَالْتَرُكُ أَوْ لَى لِمَا فِيهِ مِنَ الصَّدَقَةِ عَلَى الْقَرِيبِ؛ لقوله ﷺ

ﷺ

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» ﷺ [٥٠٢/٣]: (سَوَاءٌ كَانَتْ الْوَرَّةُ أَغْنِيَاءَ أَوْ فَقَرَاءَ)،
وَدَلَّكَ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَجَازَ الْوَصِيَّةَ بِالْثُلْثِ لِسَعْدٍ مَعَ أَنَّهُ اسْتَكْتَرَهُ حَيْثُ قَالَ: «الْثُلْثُ
وَالْثُلْثُ كَثِيرٌ»^(١).

فَعِيَمَ: أَلِ اسْتِحْبَابِ فِي الْوَصِيَّةِ بِمَا دُونَ الثُّلْثِ، وَإِنْ كَانَ الثُّلْثُ جَائِزًا إِذَا
كَانَ لِلْأَجْنِيِّ، وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّهُ إِذَا نَقَصَ عَنِ الثُّلْثِ فِي الْوَصِيَّةِ؛ كَانَ مَا نَقَصَ صَلَّةً
لِلْقَرِيبِ، فَإِذَا سَتَكَمَلَ الثُّلْثُ اسْتَوْفَى تَمَامَ حَقِّهِ، فَلَا تَحْصُلُ الصَّلَةُ لِلْقَرِيبِ.
قَوْلُهُ: (ثُمَّ الْوَصِيَّةُ بِأَقْلَ مِنَ الثُّلْثِ أَوْ لَى أَمْ تَرْكُهَا؟).

قَالُوا: إِنْ كَانَتْ الْوَرَّةُ فَقَرَاءَ، وَالتَّرِكَةُ قَلِيلٌ، فَتَرُكُ الْوَصِيَّةِ أَوْ لَى^(٢)؛ لقوله
ﷺ: «لَأَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»^(٣)، وَلِأَنَّ
فِيهِ صَدَقَةً عَلَى الْقَرِيبِ، وَهِيَ أَفْضَلُ؛ لقوله ﷺ: «أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ عَلَى ذِي الرَّجْمِ
الْكَاشِحُ»^(٤). رَوَاهُ أَبُو أَيُّوبَ الْأَنْصَارِيُّ فِي «مُسْنَدِ أَحْمَدَ» ﷺ.

(١) هذا جزء من حديث مضع تخريجه.

(٢) ينظر: «المبسوط» [١٦١/٢٧]، «بدائع الصنائع» [٤٦١/٦]، «تبيين الحقائق» [١٩١/٦].
«الفتاوى الهدية» [١٢٧/٦].

(٣) هذا جزء من حديث مضع تخريجه.

(٤) أخرجه: أحمد في «المسند» [٤١٦/٥]، والطبراني في «المعجم الكبير» [١٣٨/٤]، من طريق
الحجاج عن الزهري عن حكيم بن بشير عابدي أبو الأَنْصَارِيِّ ﷺ.

قال اندارقطي في كتابه «لعلل» [١١٨/٦]: «سم يروى عن الزهري غير الحجاج بن أرطاة، ولا
يشتبه، وقال الهيثمي: «رواه أحمد والطبراني في «الكبير» وفيه الحجاج بن أرطاة، وفيه كلام»،
وقال ابن حجر: «حديث معلول». ينظر: «نصب الرأية» للربيعي [٤٠٦/٤]، والإصابة في تمييز
الصحابه لابن حجر [١٥٩/١]، و«مجمع الرواة» للهيتمي [٢٦٧/٤].

«أَفْضَلُ لَصَدَقَةٍ عَلَى دِي الرَّجِمِ الْكَاشِحِ» وَلِأَنَّ فِيهِ رِغَايَةَ حَقِّ الْفُقَرَاءِ وَالْقَرَابَةِ [٢٨٥] وَاجْتِمَاعًا، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ أَوْ يَسْتَعْنُونَ بِنَصِيْبِهِمْ فَالْوَصِيَّةُ أَوْلَى لِأَنَّهُ يَكُونُ

﴿ عَنهُ لِمَا نَظَرْنَا ﴾

وَالْكَاشِحُ: هُوَ الَّذِي يُضْمِرُ الْعَدَاوَةَ فِي كَشْحِهِ، وَهُوَ الْخَاصِرَةُ. وَلِأَنَّ فِيهِ رِغَايَةَ الْحَقِّينِ جَمِيعًا حَقَّ الْفُقَرَاءِ، وَحَقَّ الْقَرَابَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَارِثَ قَبِيرٌ أَيْضًا، فَكَانَ تَرْكُ الْوَصِيَّةِ عَلَيْهِمْ أَنْفَعٌ فِي حَقِّ الْمُوصِي؛ لِأَنَّهُ يَحْضُلُ لَهُ الثَّوَابُ، وَلَا يَتَأَدَّى الْأَحَابِبُ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ لَهُمْ، وَلَوْ أَوْصَى يَحْضُلُ لَهُ الثَّوَابُ، وَلَكِنْ يَتَأَدَّى لِأَقَارِبٍ، وَدَفْعُ الْأَدَى عَنْهُمْ وَاجِبٌ.

فَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الْوَرِثَةُ أَغْنِيَاءَ، أَوْ التَّرَكَةُ كَثِيرًا، فَإِنْ شَاءَ أَوْصَى، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَيْرٌ مِنْ وَجْهِ، أَخَذَهُمَا صَدَقَةٌ، وَالْآخَرُ صِلَةٌ، وَبَعْضُهُمْ قَالُوا: الْوَصِيَّةُ أَفْضَلُ إِلَى الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّهُ يَحْضُلُ بِهِ تَدَارُكُ مَا قَصَرَ فِي حَيَاتِهِ، وَالتَّدَارُكُ إِنَّمَا يَقَعُ بِالصَّدَقَةِ، وَمَعْنَى الصَّدَقَةِ بِالْوَضْعِ عِنْدَ الْأَجَانِبِ أَكْمَلٌ.

وَقَالَ فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ»: «الْأَفْضَلُ لِمَنْ كَانَ لَهُ مَالٌ قَلِيلٌ: أَلَّا يُوصِيَ بِشَيْءٍ إِذَا كَانَ لَهُ وَرِثَةٌ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ صِلَةٌ لِلْأَجَانِبِ، وَلَوْ لَمْ يُوصَ، فَإِنَّهُ يَكُونُ صِلَةً لِأَقْرَبَائِهِ، فَهَذَا أَوْلَى، وَالْأَفْضَلُ لِمَنْ كَانَ لَهُ مَالٌ كَثِيرٌ أَلَّا يُحَاوِرَ الثَّلَاثَ فِيمَا لَا مَعْصِيَةَ فِيهِ» (١).

وَنَقَلَ فِي «خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى»: «عَنِ الْإِمَامِ الْقُضَلِيِّ [٢٦٤/٢] إِذَا كَانَتِ الْوَرِثَةُ صَغِيرًا، فَتَرَكَ الْوَصِيَّةَ أَفْضَلُ، قَالَ: هَكَذَا رَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله، وَإِنْ كَانُوا بِالْغَيْنِ [إِنْ كَانُوا فَقَرَاءَ] (٢)، وَلَا يَسْتَعْنُونَ بِثُلَاثِي التَّرَكَةِ، فَتَرَكَ الْوَصِيَّةَ أَفْضَلُ، وَإِنْ كَانُوا أَغْنِيَاءَ، وَيَسْتَعْنُونَ بِالثَّلَاثِ؛ فَالْوَصِيَّةُ أَفْضَلُ، وَقَدَّرُ الْاسْتِغْنَاءَ عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأشيجاني [٣١٠/٢].

(٢) ما بين الموقوفين. زيادة من «ن»، و«غ»، و«فا»، و«م»، و«را».

صَدَقَةٌ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَلَتَرَكْ هِبَةً مِنَ الْقَرِيبِ وَالْأُولَى أُولَى؛ لِأَنَّهُ يَنْبَغِي ۖ وَجْهَ اللَّهِ تَعَالَى.

وَقِيلَ فِي هَذَا الْوَجْهِ يُخَيَّرُ لِاشْتِمَالِ كُلِّ مِنْهُمَا عَلَى فَضِيلَةٍ وَهُوَ الصَّدَقَةُ وَالصَّلَةُ فَيُخَيَّرُ بَيْنَ الْخَيْرَيْنِ.

قَالَ: وَالْمُوصِي بِهِ يُمْلِكُ بِالْقَبُولِ؛ خِلَافًا لِزُقَرٍ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ هُوَ يَقُولُ: الْوَصِيَّةُ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، إِذْ كُلُّ مِنْهُمَا خِلَافَةٌ لِمَا أَنَّهُ اتَّيَقَدَ، ثُمَّ الْإِثْبَاتُ يَثْبُتُ مِنْ خَيْرِ قَبُولٍ فَكَذَا الْوَصِيَّةُ.

غاية البيان

إِذَا تَرَكَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ أَرْبَعَةَ آلَافٍ. وَفِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَرَادَ أَنْ يُوصِيَ يَنْبَغِي أَنْ يَبْدَأَ بِالْقَرَابَةِ، فَإِنْ كَانُوا أَغْنَاءَ فَبِالْجِرَانِ^(١).

قَوْلُهُ: (وَالْأُولَى أُولَى)، أَي: الصَّدَقَةُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ أَفْضَلُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَالْمُوصِي بِهِ يُمْلِكُ بِالْقَبُولِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ: وَهُوَ أَنْ يَمُوتَ الْمُوصِي، ثُمَّ يَمُوتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ الْقَبُولِ، فَيَدْخُلُ الْمُوصَى بِهِ فِي مِلْكِ وَرَثَتِهِ»^(٢). إِلَى مَا لَفَظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله.

وَعِنْدَ زُقَرٍ رحمته الله: لَا يَتَوَقَّفُ مِلْكُ الْمُوصَى بِهِ عَلَى^(٣) [٥٠٣/٣] قَبُولِ الْمُوصَى لَهُ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ رحمته الله، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ فِي أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَعَلَّقُ الْمِلْكُ فِيهِ بِالْمَوْتِ، ثُمَّ الْمِيرَاثُ يَكُونُ بِلَا قَبُولٍ مِنَ الْوَارِثِ، فَكَذَا الْوَصِيَّةُ تَثْبُتُ بِلَا قَبُولِ الْمُوصَى لَهُ.

(١) ينظر: «إخلاصة الفتاوى» للبخاري [٣٣٤/ق].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [٢٤٢/ص].

(٣) في الأصل «قبل»، والمثبت من «ن»، و«فأما»، و«ع»، و«م»، و«و».

وَلَمَّا أَنَّ الرُّصِيَّةَ إِبْتِاثُ مِلْكٍ جَدِيدٍ، وَلِهَذَا لَا يَرُدُّ الْمُوصِي لَهُ بِالْعَيْبِ، وَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ، وَلَا يَمْلِكُ أَحَدٌ إِبْتِاثَ الْمِلْكِ لِغَيْرِهِ إِلَّا بِقَبُولِهِ، أَمَّا الْوَرَاثَةُ فَبِحِلَافَةٍ حَتَّى يَتَّبَتَّ فِيهِ ^(١) هَدِيهِ الْأَحْكَامُ فَيَتَّبَتَّ جُزْأً مِنَ الشَّرْعِ مِنْ غَيْرِ قَوْلٍ.

﴿ حاشية لبيان ﴾

وَلَمَّا: أَنَّ الرُّصِيَّةَ عَقْدٌ يَتَضَمَّنُ إِبْجَابَ مِلْكٍ، فَيَتَرَقَّفُ عَلَى الْقَبُولِ كَالْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ، فَإِنَّهُ يَتَّبَتُّ لِلْوَارِثِ بِسَبِيلِ الْحِلَافَةِ بِكُونِهِ قَائِمًا مَقَامَ الْمُؤَرَّثِ، وَلِهَذَا يَرُدُّ الْوَارِثُ بِالْعَيْبِ مَا اشْتَرَاهُ الْمُؤَرَّثُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ بِالْعَيْبِ، وَيَكُونُ الْوَارِثُ مَغْرُورًا فِيمَا اشْتَرَاهُ الْمُؤَرَّثُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الرُّصِيَّةُ.

وَلأنَّه عَقْدٌ تَبَرُّعٌ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَبُولِ كَالْهَبَةِ، وَلأنَّ أَحَدًا لَا يَمْلِكُ أَنْ يُلْزِمَ غَيْرَهُ مِلْكًا فِي شَيْءٍ إِلَّا بِرِضَاهُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ [لَوْ] ^(٢) أَوْصَى بِتَلِّ ثَرَابٍ فِي دَارِهِ، فَمَلَكَهُ الْمُوصِي لَهُ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ لَحِقَّه ضَرَرٌ بِفِعْلِ الْمُوصِي؛ لأنَّه يُلْزِمُهُ نَقْلُهُ مِنْ بَيْتِهِ، وَهُوَ لَا يَجُوزُ، وَلَيْسَ ثُبُوتُ الْمِلْكِ فِي الرُّصِيَّةِ كَثْبُوبِهِ فِي الْمِيرَاثِ، وَلِهَذَا لَيْسَ لِلْمُؤَرَّثِ أَنْ يَمْنَعَ الْوَارِثَ عَنِ الْإِثْرِ إِلَّا إِذَا مَنَعَهُ مَانِعٌ شَرْعِيٌّ نَحْوُ الرُّقِّ وَالْقَتْلِ، وَلِلْمُوصِي أَنْ يَمْنَعَ الْمُوصَى لَهُ عَنِ الرُّصِيَّةِ، لأنَّ رَجُوعَهُ يَصِحُّ.

فَلَمَّا كَانَ كَذَلِكَ ^(٣)، لَمْ يُلْزَمْ مِنْ عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ فِي الْمِيرَاثِ عَدَمُ اشْتِرَاطِهِ فِي الرُّصِيَّةِ؛ لأنَّ الْمِيرَاثَ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْوَارِثِ بِلا اخْتِيَارٍ مِنْهُ شَاءَ أَوْ أَمَى، وَفِي الرُّصِيَّةِ لِلْمُوصِي لَهُ الْاِخْتِيَارُ، وَلِهَذَا [تَرْتَدُّ بِالرَّدِّ] ^(٤)، فَلَمَّا ارْتَدَّتْ ^(٥) بِالرَّدِّ، وَقَعَتْ ^(٦) عَلَى الْقَبُولِ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ.

(١) فِي حَاشِيَةِ الْأَصْلِ: «نَحْ: فِيهَا».

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ: «لَنْ»، وَ«ع»، وَ«هَ»، وَ«م»، وَ«لَر».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «مِلْك»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «لَنْ»، وَ«هَ»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«لَر».

(٤) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ: «لَنْ»، وَ«ع»، وَ«هَ»، وَ«م»، وَ«لَر».

(٥) فِي الْأَصْلِ: «ارْتَدَّتْ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «لَنْ»، وَ«هَ»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«لَر».

(٦) فِي الْأَصْلِ: «وَقَعَتْ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «لَنْ»، وَ«هَ»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«لَر».

قال: (إلا في مسألة واحدة، وهي أن يموت الموصي، ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في ملك ورثته، استحساناً، والقياس أن تبطل الوصية لما بيّن أن المالك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد إيجاب البائع.

هذه البيّنات

ثم القبول كما قال في [٢٦٤/٨م] «شرح الطحاوي» رحمته على ضربين: «قبول بالصريح، وقبول بالدليل، فالصريح: أن يقول بعد موت الموصي: قبّلت. والدليل: أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي، فيكون موته قبولاً لوصيته، ويكون ذلك ميراثاً لورثته»^(١).

قوله: (قال إلا في مسألة واحدة، وهي أن يموت الموصي، ثم يموت الموصى له قبل القبول، فيدخل الموصى به في ملك ورثته)، أي: قال القُدوري رحمته في «مختصره»^(٢)، وهذا استثناء من قوله: (والموصى به يملك بالقبول).

يعني: في المسألة المستثناة يملك بدون القبول قالوا: وهذا استحسان، والقياس: أن تبطل الوصية؛ لأن تمامها موقوف على القبول، وقد فات القبول بالموت، فبطلت الوصية كما يبطل إيجاب البيع بموت المشتري قبل قوله.

وجه الاستحسان: أن الوصية قد تمت من جهة الموصي تماماً، لا يلحقه الفسخ، ووقفت على خيار الموصى له إن شاء قبل، وإن شاء رد، فصار كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري، فمات المشتري في الثلاث قبل الإجازة، فإن البيع يتم، وتكون السلعة موروثة عن المشتري، فكذلك هنا^(٣) تكون الوصية موروثة عن

(١) ينظر: «شرح محصر الطحاوي» للأسيبجاني [٣٠٩/ق].

(٢) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص ٢٤٢].

(٣) في الأصل: «هذا»، ولمثبت من «أن»، و«ما»، و«أغ»، و«وم»، و«و».

وَجْهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ مِنْ جَانِبِ الْمُوصِي قَدْ تَمَّتْ بِمَوْتِهِ تَمَامًا لَا يَلْحَقُهُ الْقَسْحُ مِنْ جِهَتِهِ، وَإِنَّمَا تَوَقَّفَتْ لِحَقِّ الْمُوصَى لَهُ، فَإِذَا مَاتَ دَخَلَ فِي مِلْكِهِ كَمَا فِي الْبَيْعِ الْمَشْرُوطِ فِيهِ الْخِيَارُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْإِجَارَةِ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ؛ لَمْ تَجُزِ الْوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يُقَدَّمُ عَلَى الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ أَهَمُّ الْحَاجَتَيْنِ فَإِنَّهُ قَرَضٌ وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ، وَأَبَدًا يُبْدَأُ بِالْأَهَمِّ قَالَا أَهَمُّ.

شأنه البيان

المُوصَى لَهُ، وَيَكُونُ مَوْتُهُ ^(١) بَلَا رَدٍّ كَقَبُولِهِ دَلَالَةً.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى وَعَلَيْهِ دَيْنٌ يُحِيطُ بِمَالِهِ؛ لَمْ تَجُزِ الْوَصِيَّةُ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُ لَفْظِهِ فِيهِ: «إِلَّا أَنْ يَبْرُرَهُ الْغُرْمَاءُ [٥٠٣/٣] مِنَ الدَّيْنِ» ^(٢)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِالْإِجْمَاعِ، وَإِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ مُقَدَّمَةً عَلَيْهِ فِي الذِّكْرِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِكُمْ يَوْصَى بِهَا أَوْدَتِينَ﴾ [النساء ١٢]، وَإِنَّمَا قَدَّمَ الدَّيْنَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهُ أَهَمُّ؛ لِأَنَّهُ قَرَضٌ، وَالْوَصِيَّةُ تَبَرُّعٌ، وَالْأَهَمُّ مُقَدَّمٌ.

وَذَكَرَ فِي التَّفْسِيرِ عَنْ عَلِيٍّ رحمته الله أَنَّهُ قَالَ: إِنَّكُمْ تَقْرَأُونَ فِي كِتَابِ اللَّهِ رحمته الله الْوَصِيَّةَ قَبْلَ الدَّيْنِ، وَإِنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ رحمته الله يَقُولُ: «الدَّيْنُ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ» ^(٣).

(١) فِي الْأَصْلِ: «مُرُوءَةٌ»، وَالْمَعْنَى مِنْ: «ن»، وَ«فَأَيُّ»، «رَاعٍ»، وَ«رَأَى».

(٢) يُنْظَرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/٢٤٢].

(٣) أَحْرَجَهُ: أَحْمَدُ فِي «مُسْنَدِهِ» [١٣٦/١]، وَالتِّرْمِذِيُّ فِي كِتَابِ الْفَرَائِضِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ رحمته الله /بَابُ مَا جَاءَ فِي مِيرَاثِ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ [رَقْمُ/٢٠٩٤]، وَابْنُ مَاجَةَ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا/بَابُ الدَّيْنِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ [رَقْمُ/٢٧١٥]، وَالتَّطْبِيزِيُّ فِي «تَفْسِيرِهِ» [٦١٦/٣]، وَغَيْرُهُمْ مِنْ حَدِيثِ «عَلِيٍّ رحمته الله بِهِ نَحْوُهُ. قَالَ التِّرْمِذِيُّ: «هَذَا حَدِيثٌ لَا نَعْرِفُهُ إِلَّا مِنْ حَدِيثِ أَبِي إِسْحَاقَ عَنِ الْحَارِثِ عَنْ عَلِيٍّ، وَقَدْ نَكَلَمَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي الْحَارِثِ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا الْحَدِيثِ عِنْدَ عَامَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ».

وَقَالَ ابْنُ حَجَرٍ: «إِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ». وَيُنْظَرُ: «الْبَدْرُ الْمُبِينُ» لِابْنِ الْعَلَقَنِ [٢١٦/٧]، وَ«فَتْحُ الْبَارِيِّ» لِابْنِ حَجَرٍ [٣٧٧/٥].

(إِلَّا أَنْ يُبْرِئَهُ الْعُرْمَاءُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ الدَّيْنُ فَتَنَفَّذَ الْوَصِيَّةَ عَلَى الْحَدِّ الْمَشْرُوعِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا.

﴿وَمَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أَسْوَاقٌ﴾

وَمَعْنَاهُ: أَنَّ فِي الْآيَةِ تَقْدِيمًا وَتَأْخِيرًا، ثُمَّ هُمَا جَمِيعًا مُقَدَّمَانِ عَلَى الْمِيرَاثِ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٌ﴾ [اسماء ١٢]، يَعْنِي: أَنَّ الْوَرِثَةَ لَا يَرِثُونَ إِلَّا بَعْدَ هَذَيْنِ، فَلَمَّا كَانَ الدَّيْنُ مُقَدَّمًا عَلَى الْوَصِيَّةِ، لَمْ تَجُزِ الْوَصِيَّةُ قَلِيلًا كَانَتْ أَوْ كَثِيرًا مَعَ إِحَاطَةِ الدَّيْنِ إِلَّا أَنْ يُبْرِئَ الْعُرْمَاءُ الْمُوصِي مِنَ الدَّيْنِ، فَيَحْضُرُ تَجُوزُ وَصِيَّتِهِ فِي الثَّلَاثِ، أَوْ فِي [٢/٢٦٥/٨] أَكْثَرُ مِنْهُ عَلَى تَقْدِيرِ إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ، أَوْ عَدَمِهِمْ لِعَدَمِ الْمَانِعِ، وَهُوَ الدَّيْنُ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (فَتَنَفَّذَ الْوَصِيَّةَ عَلَى الْحَدِّ الْمَشْرُوعِ لِحَاجَتِهِ إِلَيْهَا).

وَأُورِدَ الرَّجَاجُ فِي تَفْسِيرِهِ فِي الْآيَةِ الْمَذْكُورَةِ سُؤَالًا وَجَوَابًا فَقَالَ: «إِنْ قَالَ قَائِلٌ: فَلِمَ قَالَ تَعَالَى: ﴿أَوْ دَيْنٌ﴾ وَهَلَّا كَانَ: «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا وَدَيْنٌ» فَالْجَوَابُ فِي هَذَا: أَنَّ «أَوْ»، تَأْتِي لِلإِبَاحَةِ، فَتَأْتِي لِوَاحِدٍ وَاحِدٍ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، وَتَصُمُّ الْجَمَاعَةَ، فَتَقُولُ: جَالِسِ الْحَسَنَ أَوْ الشَّعْبِيَّ، وَالْمَعْنَى جَالِسِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ، وَهُوَ أَهْلٌ أَنْ يُجَالَسَ، فَإِنْ جَالَسْتَ الْحَسَنَ؛ فَأَنْتَ مُصِيبٌ، وَإِنْ جَالَسْتَ الشَّعْبِيَّ؛ فَأَنْتَ مُصِيبٌ، وَإِنْ جَمَعْتَهُمَا فَأَنْتَ مُصِيبٌ.

وَلَوْ قُلْتَ: جَالِسِ الرَّجُلَيْنِ، فَجَالَسْتَ وَاحِدًا مِنْهُمَا، وَتَرَكْتَ الْآخَرَ؛ كُنْتَ غَيْرَ مُتَّبِعٍ مَا أَمَرْتَ بِهِ، فَلَوْ كَانَ «مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا وَدَيْنٌ»^(١)، اسْتَحْمَلُ اللَّفْظُ أَنْ يَكُونَ بِهَذَا إِذَا اجْتَمَعَتِ الْوَصِيَّةُ وَالْدَيْنُ، فَإِذَا انْفَرَدَ كَانَ حُكْمًا آخَرَ، فَإِذَا كَانَتْ «أَوْ»، دَلَّتْ عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا إِنْ كَانَ فَالْمِيرَاثُ بَعْدَهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ كِلَاهُمَا قِيلَ بِلَفْظٍ: «أَوْ»^(٢).

(١) فِي الْأَصْلِ: «أَوْ دَيْنٌ»، وَالْحَشْتُ مِنْ «أَوْ»، وَ«أَوْ» «وَلَمْ»، وَ«وَلَمْ» «وَأَوْ».

(٢) يَطْرُقُ «مَعْنَى الْقِرَانِ وَاعْرَابِهِ» لِأَبِي إِسْحَاقَ الرَّجَاجِ [٢/٢٣ - ٢٤].

قَالَ: وَلَا تَصَحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَصَحُّ إِذَا كَانَ فِي وَحْوِهِ الْخَيْرُ

غاية البيان

وَقَالَ فِي «الْكَشَافِ»: «فَإِنْ قُلْتَ: لِمَ قُدِّمَتِ الْوَصِيَّةُ عَلَى الدَّيْنِ، وَالَّذِينَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا فِي الشَّرِيعَةِ؟

قُلْتُ: لَمَّا كَانَتِ الْوَصِيَّةُ مُشَبَّهَةً لِلْمَرَاثِ فِي كَوْنِهَا مَأْخُودَةً مِنْ غَيْرِ عَوَضٍ؛ كَأَنِّ إِخْرَاجُهَا مِمَّا يَسْقُ عَلَى الْوَرِثَةِ وَيَسَاعِظُهُمْ، وَلَا تَطِيبُ أَنْفُسَهُمْ بِهَا، فَكَانَ أَدَاؤُهَا مَظَنَّةً لِلتَّفْرِيطِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ، فَإِنَّ نَفْسَهُمْ مُطْمَئِنَّةٌ إِلَى آدَائِهِ؛ فَلِذَلِكَ قُدِّمَتْ عَلَى الدَّيْنِ بَعَثًا عَلَى وَجوبِهَا، وَالْمُسَارَعَةِ إِلَى إِخْرَاجِهَا مَعَ الدَّيْنِ، وَلِذَلِكَ جِيءَ بِكَلِمَةِ «أَوْ» لِلتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا فِي الْوَجوبِ»^(١).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا تَصَحُّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُّورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).
وَقَالَ ابْنُ الْجَلَّابِ الْبَصْرِيُّ الْمَالِكِيُّ رحمته الله فِي كِتَابِ «التَّفْرِيعِ»: «وَوَصِيَّةُ الصَّبِيِّ الْمُتَمَيِّزُ جَائِزَةٌ»^(٣).

وَقَالَ الْغَزَالِيُّ رحمته الله فِي «وَجِيزِهِ»: «وَلَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ مِنَ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يَتَمَيَّزُ، وَفِي الصَّبِيِّ الْمُتَمَيِّزِ قَوْلَانِ»^(٤).

وَجْهٌ قَوْلِ مَالِكٍ رحمته الله: مَا حَدَّثَهُ فِي «الْمَوْطَأِ»: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ عَمْرُو بْنَ سُلَيْمٍ الزُّرْقِيَّ أَخْبَرَهُ: أَنَّهُ قِيلَ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ: «إِنَّ هَاهُنَا غُلَامًا يَفَاعَا لَمْ يَخْتَلِمِ مِنْ غَسَّانَ، وَوَارِثُهُ [٥٠، ٤/٣] بِالشَّامِ، وَهُوَ ذُو مَالٍ، وَلَيْسَ لَهُ هَاهُنَا إِلَّا ابْنَةُ عَمٍّ لَهُ، فَقَالَ عُمَرُ: مُرُّهُ فَلْيُوصَرْ لَهَا، فَأَوْصَى لَهَا بِمَالٍ، يُقَالُ لَهَا: يَتْرُ جُسْماً، قَالَ عَمْرُو بْنُ سُلَيْمٍ: فَبِعْتُ ذَلِكَ الْمَالَ بِثَلَاثِينَ أَلْفًا، وَإِنَّهُ عَمُّهُ الَّتِي أَوْصَى

(١) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٤٨٤، ٤٨٣/١].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [٢٤٣/٢].

(٣) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٣٨٠/٢].

(٤) ينظر: «الوحيير مع العريز شرح الوجيز» للغزالي [٣/٧].

مَكَانَ أَوَّلَى مِنَ الْإِزَالَةِ إِلَى مَنْ اخْتَارَهُ نَفْسِهِ، وَاحْتِيَارُهُ بِأَهْلِيَّةٍ قَاصِرَةٍ لَا يُعْتَبَرُ فِي مُقَابَلَةِ اخْتِيَارِ الشَّرْعِ.

وَفِي الْجَوَابِ عَنْ حَدِيثِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تَخَبُّطَ جَوَابِ الْمَشَايِخِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ؛ قَالَ بَعْضُهُمْ: يُحْتَمَلُ أَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى فِي تَجْهِيزِ نَفْسِهِ، وَإِقَامَةِ مَصَالِحِ بَيْتِهِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ نَصَحَ مَنْ الصَّبِيِّ عِنْدَنَا.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: كَانَ هُوَ مُدْرِكًا، وَإِنَّمَا سُمِّيَ عَلَامًا مَحَرًّا لِقُرْبِ عَهْدِهِ بِالْبُلُوغِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمُضِ عَلَيْهِ زَمَانٌ كَثِيرٌ مِنْ زَوْتِ بُلُوغِهِ.

وَفِيهِمَا نَظَرٌ عِنْدِي؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ الرَّاوي بِأَنَّهُ أَوْصَى لِابْنَةِ عَمٍّ لَهُ بِمَالٍ، فَكَتَفَ يُسَمَّى ذَلِكَ وَصِيَّةً بِتَجْهِيزِ بَيْتِهِ^١.

وَكَفَّ ثَقَالًا: يُحْتَمَلُ أَنَّهُ كَانَ أَدْرَكَ، لَكِنْ سُمِّيَ عَلَامًا مَجَازًا؛ لِأَنَّهُ صَحَّ فِي رَوَاةِ الْحَدِيثِ أَنَّهُ كَانَ عَلَامًا لَمْ يَحْلِمَ.

وَالْجَوَابُ الصَّحِيحُ أَنْ تَقُولَ: مَنْ أَدْرَكَ عَصَرَ الصَّحَابَةِ مِنَ التَّابِعِينَ، كَعَبِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَالْحَسَنِ، وَالشَّعْبِيِّ، وَالْثَّخَفِيِّ؛ يُعْتَدُّ بِخُلَاقِهِ فِي إِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ حَتَّى لَا يَكُنْ إِجْمَاعُهُمْ مَعَ خُلَاقِهِ، وَلِهَذَا قَالَ أَبُو خَبِيَّةٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا يَثْبُتُ إِجْمَاعُ (١٨٦٢/١م) الصَّحَابَةِ فِي الْأَشْعَارِ؛ لِأَنَّ إِبْرَاهِيمَ التَّخَفِيَّ كَانَ يَكْرَهُهُ، وَهُوَ مِمَّنْ أَدْرَكَ عَصَرَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَلَا يَثْبُتُ إِجْمَاعُهُمْ بِدَوْرِ قَوْلِهِ. كَذَا ذَكَرَ شَمْسُ الْأُنْمُو السَّرَخْسِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «أَصُولِهِ» فِي فَضْلِ خِلَافِ التَّابِعِيِّ قُلْ بَابِ الْقِيَاسِ^(١).

ثُمَّ رَوَى أَصْحَابُنَا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي كُتُبِهِمْ: عَنِ الشَّعْبِيِّ وَالثَّخَفِيِّ وَالْحَسَنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنَّهُمْ قَالُوا: لَا يَجُوزُ وَصِيَّةُ الْمُرَاهِقِ، فَطُلَّ الْاجْتِهَادُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ لَا إِجْمَاعَ

لِأَنَّهُ عُمَرَ أَجَازَ وَصِيَّةَ يَفَاعٍ أَوْ يَابَعٍ وَهُوَ الَّذِي رَاهَقَ الْحُلُمَ ، وَلِأَنَّهُ تَطَرَّ لَهُ بِصَرِّهِ
إِلَى نَفْسِهِ فِي نَيْلِ الزَّلْفَى ، وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ تَبْقَى عَلَى غَيْرِهِ .

عنه الميراث

[٥٠٤٣] لِلصَّحَابَةِ مَعَ جِلَافِهِمْ ، فَتَقِي تَقْلِيدُ اصْحَابِي ، وَهُوَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عِنْدَ
الْحَضَمِ ، فَكَيْفَ يُحْتَجُّ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ .

وعندنا : لَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ بِمَا يُدْرِكُ بِإِيَّاسٍ عَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الشَّيْخُ أَبُو
الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته ، وَمَا سَحَرُ فِيهِ بِمَا يُدْرِكُ بِإِيَّاسٍ ، فَلَا تُقْلَدُهُ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِيْحَابِيُّ رحمته فِي «الشرح الكافي» : «وَكذلك
إِنْ أَوْصَى ، ثُمَّ أَدْرَكَ ، ثُمَّ مَاتَ ، لَمْ تُعْتَرِ وَصِيَّتُهُ ، وَإِنْ صَارَ أَهْلًا لَهُ ، لِأَنَّهُ وَقَعَ
تَصَرُّفُهُ بِإِطْلَاقِ لَعْدَمِ الْأَهْلِيَّةِ ، فَلَا يَتَوَقَّفُ ، وَكذلك الْمَجْزُوءُ .

وَكذلك إِذَا قَالَ الْوَصِيُّ : إِذَا أَدْرَكْتُ ، ثُمَّ مِتُّ فَتُثْبِتُ لِقُلَانٍ ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا
قَالَ : إِذَا أُعْيِفْتُ ، ثُمَّ مِتُّ فَتُثْبِتُ لِقُلَانٍ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مِنْ أَهْلِ الْوَصِيَّةِ ، لَكِنْ مُعْتَلَقُ
حَقِّ الْغَيْرِ بِكَسْبِهِ ، فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى حَالَةٍ لَا حَقَّ لِأَحَدٍ فِيهَا فِي أَكْسَابِهِ وَأَمْوَالِهِ صَحَّ .
فَأَمَّا الْوَصِيُّ : فَيُنَسَرُ مِنْ أَهْلِ الْوَصِيَّةِ لِخُلُوفِ فِي شَرَائِطِ الْأَهْلِيَّةِ ، فَلَا يُعْتَبَرُ
تَصَرُّفُهُ مُضَافًا وَمُسَجَّرًا .

قوله : (أَجَازَ وَصِيَّةَ يَفَاعٍ أَوْ يَابَعٍ) ، وَهُوَ الَّذِي رَاهَقَ الْحُلُمَ ، أَيُ (١) : قَارِيَهُ ،
يُقَالُ : غُلَامٌ يَفَعٌ وَيَفَاعٌ وَيَفَعَةٌ ، وَقَدْ أَيْفَعَ يُوَفِّعُ إِيْفَاعًا ؛ إِذَا تَحَرَّكَ وَشَبَّ ، وَالْجَمْعُ :
أَيْفَاعٌ ، وَالْيَفَاعُ : قِطْعَةٌ مِنَ الْجَبَلِ وَالْغِلَاطِ تَرْتَفِعُ عَمَّا حَوْلَهَا . كَذَا فِي «الْجَمْهَرَةِ» (٢) .

قوله : (فِي نَيْلِ الزَّلْفَى) ، أَيُ : الْقُرْتَبَةِ ، وَهِيَ مَا يُتَقَرَّبُ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى .

قوله : (وَلَوْ لَمْ تَنْفُذْ تَبْقَى عَلَى غَيْرِهِ) ، أَيُ : لَوْ لَمْ تَنْفُذِ الْوَصِيَّةَ ، يَبْقَى الْمَالُ

(١) فِي الْأَصْلِ : «أَوْ» ، وَلَمْ يَثْبُتْ مِنْ «لَا» ، وَ«يَابَعٌ» ، وَ«يَابَعٌ» ، وَ«يَابَعٌ» ، وَ«يَابَعٌ» .

(٢) يَنْظُرُ : «جَمْهَرَةُ الْعِلْمِ» لِأَمْرِ دُرَيْدٍ [٩٣٩/٢] .

ولنا: أنه تبرع والصبي [٢٨٥ هـ] ليس من أهله، ولأن قوله غير منزوم وهي نصحيح وصيته قول يالرم قوله.

والأثر مخمول على أنه كان قريب العهد بالخلم مجازاً، أو كانت وصيته في تجهيزه وأمر دفعه، وذلك جائز عندنا، وهو يخرر الثوب يترك على ورثته كما بيناه.

والمعتبر في النفع والضرب النظر إلى أوضاع التصرفات، لا إلى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فإنه لا يملكه ولا وصيته وإن كان يتفق دفعاً في بعض الأحوال، وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإذراك لعدم الأهلية وقت المباشرة وكذا إذا قال إذا أدركت ثلث مالي لفلان وصية لقصور أهلية فلا يملكه تنجيزاً وتعليقاً كما في الطلاق والعناق، بخلاف العبد والمكاتب لأن أهليتهما مستتمة والمنايع حق المولى فتصبع إضافته إلى حال سقوطه.

باب في صفة الوصية

على غير الصبي، ولو نفذت يتقى ماله على نفسه، حيث يكره له الثراث بالوصية بماله، فكانت الوصية أزلنى من تركها

قوله: (ولنا أنه تبرع)، ذكر الصمير الراحع إلى الوصية على تأويل الإيصاء.

قوله: (والأثر مخمول على أنه كان قريب العهد بالخلم مجازاً، أو كانت وصيته في تجهيزه)، وهذا جواب عما تضمنت به الحضم بحديث عمر، ولكنه ليس بجواب مقنع، وقد مر بيانه آنفاً

قوله: (والمعتبر في النفع والضرب: النظر إلى أوضاع التصرفات، لا إلى ما يتفق بحكم الحال)، يعني: أن الوصية في وضعها فيها ضرر لزوال الملك عن الموصي، وما كان في وضعه^(١) ضرر ليس بمشروع في حق الصبي، ألا ترى

قَالَ: وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَّبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً، لِأَنَّ مَالَهُ لَا يَقْبَلُ التَّبَرُّعَ.
وَقِيلَ: عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا تَصِحُّ، وَعِنْدَهُمَا: تَصِحُّ رَدًّا لَهَا إِلَى
مُكَاتَّبٍ يَقُولُ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ، ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ،
وَالْخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

غاية البيان

أَنَّ الطَّلَاقَ وَالْعِتَاقَ لَا يَصِحَّانِ مِنَ الصَّبِيِّ؛ لِأَنَّهُ ضَرُورٌ لِرَوَالِ [الْمِلْكِ] ^(١).

وَأِنْ كَانَ قَدْ تَقَعَا تَقَعَا بِحَسَبِ تَفَاقِ الْحَالِ، كَمَا إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ دَمِيمَةً
الْوَجْهَ مُتَحَلِّقَةً بِأَحْلَاقٍ رَدِيئَةٍ، لَا يَمْلِكُ طَلَاقُهَا حَتَّى يَتَزَوَّجَ أَحْتَهَا الْمُضَادَّةَ لَهَا فِي
صِفَتِهَا، وَإِنْ كَانَ يَحْصُلُ لَهُ نَفْعٌ فِي أَحْتَهَا، وَكَذَا لَا يَمْلِكُ أَنْ يُعْتَقَ عَبْدُهُ، وَإِنْ كَانَ
يَحْصُلُ لَهُ نَفْعٌ مِنْ ارْتِفَاعِ مَوَازِينِ النِّفْقَةِ وَالْكِسْرِ، وَكَذَا الرُّصِيَّةُ لَا تَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ
لِوُجُودِ الضَّرَرِ فِي رَضْعِهَا، وَإِنْ كَانَ يَحْصُلُ لَهُ نَفْعٌ الثَّوَابِ بِاتِّفَاقِ الْحَالِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَلَا تَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمُكَاتَّبِ وَإِنْ تَرَكَ وَفَاءً)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ
رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٢)، وَذَلِكَ لِأَنَّ مَالَ الْمُكَاتَّبِ لَا يَحْتَمِلُ التَّبَرُّعَ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ
عِتْقُهُ وَهَبُهُ، فَإِذَا لَمْ يَحْتَمِلْ مَالُهُ التَّبَرُّعَ [١٥٠/٣]؛ لَمْ يَصِحَّ وَصِيَّتُهُ؛ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ لِرَوَالِ
الْمِلْكِ بِلَا عَوَضٍ.

قَوْلُهُ: (وَقِيلَ: عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ لَا تَصِحُّ، وَعِنْدَهُمَا: تَصِحُّ رَدًّا لَهَا
إِلَى مُكَاتَّبٍ يَقُولُ كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فِيمَا أَسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ، ثُمَّ عَتَقَ فَمَلَكَ،
وَالْخِلَافُ فِيهَا مَعْرُوفٌ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ)، يَعْنِي: كَمَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ الْمُكَاتَّبِ
عِنْدَهُمَا فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ تَصِحُّ وَصِيَّةُ لِمُكَاتَّبٍ أَيْضًا عِنْدَهُمَا إِذَا تَرَكَ وَفَاءً؛ لِأَنَّهُ
يَعْتَقُ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَحْزَاءِ حَيَاتِهِ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من «ن»، و«غ»، و«فا»، و«م»، و«ه».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٤٣].

غاية البيان

وعند أبي حنيفة رحمته: لا يعتق ما ملكه بعد العتق في ثبوت لمسألة، وكذلك منا لا تنفذ وصيته وإن ترك وقاءً، وتلك المسألة مشهورة في «المختلف»^(١)، وفي أضل العتاق^(٢).

وفي باب الجنث في ملك العبد، والمكاتب من أيمان «الجامع»، قال محمد رحمته في «الجامع»: إن العبد أو المكاتب إذا قال: كل مملوك أملكه فيما أستقبل فهو حر، فعتق، ثم ملك مملوكاً لا يعتق عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد: يعتق.

قال الشيخ أبو المعير النسفي في شرح «الجامع»: «هأهنا مسائل ثلاث: أحداها: قوله: كل مملوك أملكه إذا عتقت فهو حر، فعتق، ثم ملك عبداً؛ أعتق بالإجماع لتعديقه العتق بالملك الحاصل له بعد العتق، وهذا الملك يصلح للإعتاق.

وفرّق بين هذا وبين الصبي إذا قال: كل عبد أملكه بعد البلوغ فهو حر، فبلغ فملك [٢/٢١٧/٨] عبداً لا يعتق؛ لأن الصبي ليس من أهل التصرف، فيلغو تصرفه تنجيزاً وتعليقاً لانعدام أهليته، والعبد أهل للتصرف لكونه عاقلاً بالغاً، إلا أن تنجيز عتقه لم يصح لعدم شرطه وهو الملك، فإذا علّق بملك يصلح شرطاً له صح.

والثانية: قوله: كل عبد أملكه فهو حر، فعتق، فملك عبداً لا يعتق؛ لأن هذا يتصرف إلى المملوك في الحال، وله في الحال نوع ملك، وقوله: «أملك». موضوع للحال بطريق الأصل.

(١) ينظر: «مختلف الرواية» للسمرقندي [١١٢٦/٣].

(٢) في الأصل: «في»، والعشيت من: «لا»، و«فأما»، و«لا»، و«لا».

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالميسر» لمحمد بن الحسن [٧٢/٤ - ٧٤].

عنه البيان

والثالثة: قوله: كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ عِيْمَ اسْتَقْبِلُ فَهُوَ حُرٌّ، وَهُوَ عِنَى الْخِلَافِ الَّذِي مَرَّ، وَهُمَا يَقُولَانِ: يَنْصَرِفُ قَوْلُهُ: «أَمْنِيكَ فِيمَا اسْتَقْبِلُ»، إِلَى كُلِّ مَا يَمْلِكُ إِلَى أَحَرِّ عُمْرِهِ، كَمَا فِي الْحُرِّ عَمَلًا بِالْإِطْلَاقِ.

[وَهُوَ يَقُولُ لِلْعَبْدِ وَالْمَكَاتِبِ بَرِّعُ مِلْكٍ، فَيَتَعَلَّقُ مَا عُلِّقَ بِهِ الْمِلْكُ الْقَائِمُ لِلْحَالِ لِعَدَمِ مَا يُوجِبُ تَغْيِيرَهُ] (١)، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِمَا لَيْسَ بِثَابِتٍ إِلَّا بِالنَّصِّ عَلَى الْإِضَافَةِ إِلَيْهِ وَاتَّعَدَمَتِ الْإِضَافَةُ، أَلَا تَرَى أَنَّ فِي قَوْلِهِ: «أَمْلِكُ»، بِدُونِ قَوْلِهِ: «فِيمَا اسْتَقْبِلُ»، وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَلَا يُحْتَمَلُ قَوْلُهُ: «أَمْلِكُ». عِبَارَةٌ عَنِ الْاسْتِقْبَالِ، وَإِنْ كَانَ اللَّفْظُ مُوصُوعًا لَهُ أَيْضًا، لِانْعِدَامِ دَلِيلِ تَغْيِيرِ الْحَالَةِ، وَعَدَمِ الْإِضَافَةِ إِلَى مَا لَيْسَ بِثَابِتٍ.

وَعَلَّلَ الْقُدُورِيُّ فِي كِتَابِ «التَّفْرِيبِ» لِأَبِي حَبِيبَةَ رحمته الله: أَنَّ الْعَبْدَ لَهُ مِلْكٌ يُصَافُ إِلَيْهِ حَالُ الرُّقِّ عَلَى وَحْدَةِ الْمَجَازِ، فَإِنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَّائِعِ» (٢)، وَيُقَالُ ذَابَّةُ الْعَبْدِ وَتَوْبُهُ، وَلَهُ مِلْكٌ فِي الْمُسْتَقْبَلِ يُصَافُ إِلَيْهِ عَلَى الْحَقِيقَةِ، [وَهُوَ مَا بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ].

وَمِنْ أَضْلِهِ: أَنَّ اللَّفْظَ لَا يُحْمَلُ عَلَى الْحَقِيقَةِ [٣] وَلِلمَجَازِ، فَوَحَبَ حَمْلُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا، فَاعْتَارَ الْحَالِ أَوَّلَى؛ لِأَنَّهَا أَمُّ، وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَمْلِكَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَيَجُوزُ أَلَّا يَمْلِكَ، وَإِذَا حُمِلَتِ الْيَمِينُ عَلَى حَالِ الرُّقِّ؛ لَمْ يَعْتَقَ مَا يَمْلِكُ حَالِ الْحُرِّيَّةِ.

لَهُمَا: أَنَّ حَمْلَ اللَّفْظِ عَلَى الْحَقِيقَةِ أَوَّلَى مِنْ حَمْلِهِ عَلَى الْمَجَازِ، وَلِأَنَّا إِذَا

(١) مَا بَيْنَ الْمُحَقِّقَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «الْوَحْدَةِ»، وَ«الْمَجَازِ»، وَ«الْوَحْدَةِ».

(٢) مَعْنَى تَحْرِيجِهِ.

(٣) مَا بَيْنَ الْمُحَقِّقَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «الْوَحْدَةِ»، وَ«الْمَجَازِ»، وَ«الْوَحْدَةِ».

قَالَ: وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمَلِ، وَبِالْحَمَلِ إِذَا وَضِعَ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ اسْتِحْلَافٌ مِنْ وَجْهِ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهُ حَلِيقَةً فِي

غَايَةِ نِيَّانٍ

حَمَلُهُ عَلَى مَا بَعْدَ الْعِنَقِ [صَحَّحْنَا الْيَمِينَ، وَإِذَا حَمَلُهُ عَلَى الْحَالِ] (١) أَبْطَلْنَا الْيَمِينَ، وَحَمَلُ كَلَامِهِ عَلَى الصَّحَةِ أَوْلَى. كَذَا فِي عَتَايَ [٨/ ٢٦٧ ط ٢٢] «التَّقْرِيب».

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِلْحَمَلِ، وَبِالْحَمَلِ إِذَا وَضِعَ لِأَقَلِّ مِنْ [٥٠٠.٣] سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ» (٢).

اعْلَمْ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْحَمَلِ تَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ اسْتِحْقَاقِ الْحُقُوقِ، وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الْمِيرَاثَ، وَالْوَصِيَّةُ أُحْتُ (٣) الْمِيرَاثَ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ مُصَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ [الْمَوْتِ] (٤) فَيَسْتَحِقُّهَا أَيْضًا، وَلَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ يُعْلَمَ وَجُودُهُ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ، بِأَنْ وَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَمِنْ وَقْتِ مَوْتِ الْمُوصِي عَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَبُو اللَّيْثِ السُّفَرَقَنْدِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كِتَابِ «نُكَّتِ الْوَصَايَا»، وَالْإِمَامُ الْأَسْبِجَابِيُّ فِي «شرح الطُّحَاوِيِّ» (٥).

أَوْ مِنْ وَقْتِ الْإِبْصَاءِ عَلَى مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَبُو جَعْفَرٍ الطُّحَاوِيُّ (٦)، وَصَحَّحَ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الطُّحَاوِيُّ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبِجَابِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «شرح الكافي». فَأَمَّا إِذَا وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، أَوْ أَكْثَرَ؛ فَلَا وَصِيَّةَ لَهُ، لِاحْتِمَالِ الْوُحُودِ وَالْعَدَمِ حِينَئِذٍ، فَلَا يَجْعَلُ مُسْتَحَقًّا بِالشَّكِّ.

(١) ما بين المعنوتين زيادة من «ال»، و«ع»، و«ما»، و«م»، و«را»

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٤٤]

(٣) في الأصل: «أحب»، والمثبت من: «ال»، و«ما»، و«ع»، و«را».

(٤) ما بين المعنوتين زيادة من: «ع»، و«م»، و«ما».

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطُّحَاوِيِّ» لِلْأَسْبِجَابِيِّ [ق/ ٣١٢].

(٦) ينظر: «مختصر الطُّحَاوِيِّ/مع شرح الجصاص» [٤/ ١٦٩]

بَعْضٍ مَالِهِ وَالْجَبِينُ صَلَحَ حَلِيفَةً فِي الْإِزْثِ فَكَدَا فِي الْوَصِيَّةِ إِذْ هِيَ أُخْتُهُ، إِلَّا أَنْ يَرْتَدَّ بِالرَّدِّ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى اسْتَمْلِكِ، بِخِلَافِ الْهَيْةِ، لِأَنَّهَا تَمْلِكُ مَخْضَرٌ وَلَا وَلايَةَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِ لِيُملِكَهُ شَيْئًا...

عناية البيهقي

وقد فرّقوا بين الهبة للحمل حيث لا يحوز، وبين الوصية للحمل حيث تجوز، لأن الهبة تملك مخضراً، ولا ولاية لأحد على الحمل في أن يملكه شيئاً، والوصية فيها معنى الاستخلاف، حيث جعله الموصي خليفة في بعض ماله، وهو يصلح لذلك بدليل جلالته في الإزث، وكذا الوصية بالحمل أيضاً جائزة لوجوده^(١) وقت الوصية؛ لأن الكلام فيما إذا عم وجوده بولادته لأقل من ستة أشهر.

وجُملة الكلام فيه: ما قال الإمام الأنسجاني في «شرح الطحاوي»^(٢): «أما الوصية بالحمل كما إذا أوصى لرحل بما في بطن حارثته، ونم يكن ذلك الولد من الموصي، أو أوصى به بما في بطن دابته إذا علم أنه ثابت موجود في البطن وقت الوصية؛ فالوصية جائزة، ومعرفة ذلك بأن جاءت لأقل من ستة أشهر من وقت موت الموصي.

وذكر الطحاوي رحمه الله: أنه يُعسر أمته من وقت الوصية، ولو ولدت ولداً ستة أشهر بعد موت الموصي أو لأكثر؛ فإن الوصية باطية، لجواز أن يكون الولد حائث به بعد هذا، إلا إذا كانت الجارية في العدة فحينئذ لأجل ثبوت النسب يُعتبر إلى ستين، وكذلك في حق الوصية يُعسر إلى ستين، وإن لم يكن في العدة؛ فحينئذ يُعتبر لأقل من ستة أشهر، ففي الجارية والدابة سواء.

ولو أوصى بانجارية لإنسان، وما في بطنها للآخر؛ فهذه تجوز إلا إذا ولدت ولداً [٢٦٨٨ م] لأكثر من ستة أشهر بعد موت الموصي، أو لستة أشهر؛ فحينئذ لا

(١) وقع في الأصل «لوجوده» ولعل من «لا»، و«١٢»، و«١٤»، و«١٥»، و«١٦».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأنسجاني [٣١٧/٢]

غاية البيان

تَحُورُ الْوَصِيَّةُ فِي الْوَلَدِ ، وَكِلَاهُمَا يَكُونُ لِلْمُوصِي لَهُ الْجَارِيَّةُ .
وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لِلْحَمَلِ : فَكَمَا إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِمَا فِي بَطْنِ فُلَانَةٍ ؛ فَإِنَّهُ
يَحُورُ إِذَا وَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ مَوْتِ الْمُوصِي .

وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ رحمته أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ ، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ
بِمَا فِي بَطْنِ دَابَّةٍ فُلَانٍ لِيُتِمَّقَ عَلَيْهَا ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ الْوَصِيَّةُ إِذَا قَبْلَ ذَلِكَ صَاحِبُهَا ،
وَيُعْتَرَفُ فِيهِ الْعِلَّةُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

وَلَوْ أَقَرَّ لِمَا فِي بَطْنِ فُلَانَةٍ ؛ فَذَلِكَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ : فِي وَجْهِ : يَجُوزُ
بِالْإِجْمَاعِ ، وَفِي وَجْهِ : لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ ، وَفِي وَجْهِ : اخْتَلَفُوا فِيهِ .

فَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ : فَهَوَ مَا إِذَا أَقَرَّ بِالْمَالِ وَبَيَّنَّ السَّبَبَ ، كَمَا
إِذَا أَقَرَّ لِمَا فِي بَطْنِ [٥٠١/٢] فُلَانَةٍ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ ؛ لِأَنِّي قَدْ اسْتَهْلَكْتُ مَالَهُ ، أَوْ
سَرَقْتُ ، أَوْ غَصَبْتُ ، فَهَذَا كُلُّهُ سَبَبٌ صَحِيحٌ يَجُوزُ بِإِقْرَارِهِ بِهِ .

فَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي لَا يَجُوزُ بِالْإِجْمَاعِ : فَهَوَ كَمَا إِذَا قَالَ لِمَا فِي بَطْنِ فُلَانَةٍ : عَلَى
أَلْفِ دِرْهَمٍ لِمَا أَنِّي قَدْ اسْتَمْرَضْتُ مِنْهُ ، فَهَذَا لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ أَحَالٌ فِي كَلَامِهِ

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ : فَهَوَ كَمَا إِذَا قَالَ لِمَا فِي بَطْنِ فُلَانَةٍ : عَلَى أَلْفِ
دِرْهَمٍ مُصَلَّقًا ، فَهَذَا الْإِقْرَارُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ الْمُطْلَقَ يُحْمَلُ عَلَى الْمُدَايِنَةِ ، وَذَلِكَ
مُحَالٌ مِنَ الْوَلَدِ الَّذِي لَمْ يُولَدْ بَعْدُ ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمتهما .

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمته : هَذَا الْإِقْرَارُ صَحِيحٌ ^(١) . كَذَا فِي «شرح الطحاوي» رحمته ،
وَفَذَلَّ الْإِقْرَارُ لِلْحَمَلِ بِأَوْجُوهِهِ الثَّلَاثَةِ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ

(١) ينظر 'شرح محاصر الطحاوي' للأسيوطي [ق/٣١٢] .

وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ يَعْزُضُ الْوُجُودَ، إِذَا الْكَلَامُ فِيهَا إِذَا عَلِمَ وَحُودُهُ وَثَبَتِ
الْوَصِيَّةُ، وَبَابُهَا أَوْسَعُ لِحَاجَةِ الْمَيِّتِ وَعَجْزِهِ، وَلِهَذَا تَصِحُّ فِي غَيْرِ الْمَوْحُودِ
كَالثَّمَرَةِ فَلَا أَنْ تَصِحَّ فِي الْمَوْحُودِ أَوَّلَى.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِخَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ، لِأَنَّ
اسْمَ الْخَارِيَةِ لَا يَتَأَوَّلُ الْحَمْلَ لَمَطًا وَلَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ بِالْإِطْلَاقِ تَتَعَا، فَإِذَا أَمَرَدَ

قَوْلُهُ (وَمِنْهَا أَوْسَعُ)، أَنَّى بَاطِ الْوَصِيَّةِ، وَالذَّلِيلُ عَلَى سِعَةِ أَبْوَابِهَا. أَنَّ
الْوَصِيَّةَ [تَصِحُّ] ^(١) فِي غَيْرِ الْمَوْجُودِ.

أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ الْكَرْخِيُّ ^(٢) فِي «مَحْتَصَرِهِ»: «فِي رَحْلِ أَوْصَى لَهُ ثَمَرَةٌ
بُسْتَانٍ، وَهُوَ يَحْرُخُ مِنْ ثَلَاثَةِ مَتَّ، فَإِنْ أَمَّا خَبِيئَةً ^(٣) قَدِ فِي ذَلِكَ: إِنْ كَانَ فِيهِ
ثَمَرَةٌ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا تِلْكَ الثَّمَرَةُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ ثَمَرَةٌ فَلَهُ ثَمَرَتُهُ أَبَدًا مِنَ الثَّلَاثِ

وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِعَلَّتِهِ فَلَهُ عَلَّتُهُ أَبَدًا مِنَ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ الْعَلَّةَ عَلَى الْأَبَدِ وَالثَّمَرَةُ
عَلَى الْقَائِمَةِ بِعَيْنِهَا لَيْسَ لَهُ غَيْرُهَا، فَإِنْ كَانَ التُّسْتَانُ لَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ، وَأَوْصَى
بِعَلَّتِهِ لِرَحْلِ أَبَدًا، وَفِيهِ ثَمَرَةٌ، أَوْ لَيْسَ لَهُ فِيهِ ثَمَرَةٌ، فَهُوَ سَوَاءٌ، لَهُ ثَلَاثُ الثَّمَرَةِ الَّتِي
فِيهِ، وَثَلَاثُ مَا يُسْتَقْبَلُ مِنْ ثَمَرَتِهِ» ^(٤). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ ^(٥).

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِخَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ)
[٢٦٨٨]، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ ^(٦) فِي «مَحْتَصَرِهِ» ^(٧)، يَعْنِي: تَكُونُ الْحَارِيَةُ
لِلْمَوْصَى لَهُ بِهَا، وَتَكُونُ الْحَمْلُ لِلْوَرَثَةِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ لَفْظَ الْحَارِيَةِ لَا يَتَأَوَّلُ الْحَمْلَ
لُغَةً؛ لِأَنَّهَا لَا يُفْهَمُ مِنْهَا، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ: صَحَّ إِوْرَادُ الْأُمِّ بِالْإِصْبَاءِ بِاسْتِثْنَاءِ

(١) مابين المعقوفين: زيادة من (١)، و(٢)، و(٣)، و(٤)، و(٥)، و(٦)، و(٧).

(٢) بصر: اشرح محصر الكرخي للقدوري [ق/٤٠٤/داماد]

(٣) سطر: «محصر القدوري» [ص/٢٤٤]

لأنَّ بالوصية صحَّ إفرادها، ولأنه [٢٨١] يصحُّ إفراد الحمل بالوصية فخار استاؤه، وهذا هو الأصل أنَّ ما يصحُّ إفراده بالعقد يصحُّ استاؤه منه، وقد مرَّ في السُّبُوع.

قال: وَبَجُورُ لِلْمُوصِي الرَّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ تَرُوعُ لَمْ يَمَّ فَخَارَ الرَّجُوعُ عَنْ كَالِهَيْتِهِ وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي كِتَابِ الْهَيْتَةِ، وَلِأَنَّ الْقَوْلَ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَوْتِ وَالْإِبْحَابُ يَصَحُّ إِطْطَالُهُ قَبْلَ الْقَبُولِ كَمَا فِي السُّبُوعِ.

نَحْمِلُ، وَاسْتِحْقَاقُ الْمُوصَى لَهُ الْحَمْلُ عِنْدَ إِطْلَاقِ الْوَصِيَّةِ بِالْحَارِيَةِ أَغْيَبِي: عَدَمُ اسْتِثْنَاءِ الْحَمْلِ عَلَى طَرِيقِ الشَّيْبَةِ لِلْأَمِّ، لَا دَاعِيَارَ أَنَّ الْحَارِيَّةَ تَتَنَاوَلُهُ لُغَةً، وَلِأَنَّ مَا صَحَّ إِفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ؛ صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَيَصَحُّ إِفْرَادُ الْحَمْلِ بِالْوَصِيَّةِ، وَيَصَحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ، وَمَا لَا يَصَحُّ إِفْرَادُهُ؛ لَا يَصَحُّ اسْتِثْنَاؤُهُ كَمَا فِي شَرْحِي جَارِيَةٍ إِلَّا خَلَّهَا.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ مَرَّ فِي السُّبُوعِ)، أَي: فِي بَابِ السُّبُوعِ الثَّامِسِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَبَجُورُ لِلْمُوصِي الرَّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي مَخْتَصَرِهِ^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَرُوعُ، فَيَجُورُ الرَّجُوعُ فِيهِ كَمَا فِي الْهَيْتَةِ، بَلْ سَطْرِيْقِ الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّ الْهَيْتَةَ تَمَّتْ بِالْقَبْضِ، وَالْوَصِيَّةُ لَا تَمُّ إِلَّا بِالْقَوْلِ بَعْدَ مَوْتِ مُوصِي، فَإِذَا جَارَ الرَّجُوعُ فِي الْهَيْتَةِ مَعَ تَمَامِهَا - لَكُونِهَا تَبَرُّعًا -؛ فَلِأَنَّ يَحُورُ رُجُوعُ فِي الْوَصِيَّةِ قَبْلَ التَّمَامِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى؛ لِأَنَّهُ لَا إِرَامَ عَلَى الْمُتَبَرِّعِ، وَهِيَ هَذَا أَمَارَ مَقُولِهِ: (وَقَدْ حَقَّقْنَاهُ فِي كِتَابِ الْهَيْتَةِ)، وَلِأَنَّ عَقْدَ الْوَصِيَّةِ لَا يَمُّ إِلَّا بِقَوْلِ الْمُوصَى لَهُ، وَالْقَوْلُ مَوْقُوفٌ عَلَى مَوْتِ الْمُوصِي، فَتَبْلُ مَوْتُهُ يَكُونُ إِيصَاءُ مُوصِي مُخَرَّجًا إِيحَابٍ بِمَا قَبُولِ، وَإِطْطَالُ الْإِيحَابِ قَبْلَ الْقَبُولِ صَحِيحٌ، كَمَا فِي

سج

وَكُلُّ فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْمَوْصِي بِهِ وَلَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ إِلَّا بِهَا
فَهُوَ رُجُوعٌ إِذَا فَعَلَهُ، مِثْلُ السَّوِيْقِ يَكْتُهُ بِالسَّمَنِ وَالذَّارِ يَنْبِي فِيهِ الْمَوْصِي وَالْقَطْنِ
يَخْشُو بِهِ وَالْبِطَانَةِ يُبْطِنُ بِهَا وَالظُّهَارَةَ يُطَهِّرُ بِهَا، لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ تَسْلِيمُهُ بِدُونِ
الرِّيَادَةِ، وَلَا يُمَكِّنُ نَقْضُهَا لِأَنَّهُ حَصَلَ فِي مِلْكِ الْمَوْصِي مِنْ جِهَتِهِ، بِخِلَافِ

فصل في الوصية

ثُمَّ طَهَّرَ بِهَا ثَوْبًا، أَوْ أَوْصَى بِثَوْبٍ، أَوْ بَعْدٍ، ثُمَّ بَاعَهُ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ، ثُمَّ مَاتَ وَهُوَ
عِنْدَهُ (٨٠/٢٦٩)؛ فَهَذَا رُجُوعٌ، وَقَدْ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى بِشَاةٍ، ثُمَّ
ذَبَحَهَا، أَوْ بَقِيمِصٍ، ثُمَّ نَقَضَهُ فَجَعَلَهُ قَبَاءً، فَهَذَا كُلُّهُ رُجُوعٌ فِي الْوَصِيَّةِ.

وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثَوْبٍ، ثُمَّ غَسَلَهُ، أَوْ بَدَأَ، ثُمَّ جَصَصَهَا، أَوْ هَذَمَهَا؛ فَهَذَا لَيْسَ
بِرُجُوعٍ فِي الْوَصِيَّةِ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ لَمْ يُعَيِّرِ الدَّارَ عَنْ حَالِهَا^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْحِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ.

وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ: أَنَّ كُلَّ فِعْلٍ لَوْ فَعَلَهُ إِنْسَانٌ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ؛ انْقَطَعَ بِهِ حَقُّ
الْمَالِكِ، فَإِذَا فَعَلَ الْمَوْصِي مِثْلَ ذَلِكَ الْفِعْلِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ؛ كَانَ ذَلِكَ رُجُوعًا مِنْهُ،
كَمَنْ غَضَبَ شَاةً وَذَبَحَهَا وَشَوَّاهَا أَوْ طَبَخَهَا، أَوْ حَنَظَةً فَطَحَهَا، أَوْ حَدِيدًا فَانْحَذَهُ
سَيْفًا، أَوْ صُفْرًا فَعَمِلَهُ آيَةً؛ يَنْقَطِعُ حَقُّ الْمَغْضُوبِ مِنْهُ، فَإِذَا فَعَلَ الْمَوْصِي ذَلِكَ
بَعْدَ الْوَصِيَّةِ؛ كَانَ رُجُوعًا، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ: (وَقَدْ حَدَدْنَا هَذِهِ الْأَفَاعِيلَ فِي كِتَابِ
الْغَضَبِ)؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ حَقِّ الْمَالِكِ بِمِلْكِهِ يَمْنَعُ مِنْ تَعَلُّقِ حَقِّ الْمَوْصِي لَهُ بِالْوَصِيَّةِ.

فَإِذَا كَانَ هَذَا الْفِعْلُ يُسْقِطُ حَقَّ الْمَالِكِ؛ فَلَا يَسْقِطُ الْوَصِيَّةُ^(٢) أَوْلَى، فَكُلُّ
فِعْلٍ يُوجِبُ زِيَادَةً فِي الْمَوْصِي بِهِ بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ تَمَيُّزَهَا، أَوْ لَا يَشْتَحِقُّ عَلَيْهِ
نَقْضُهَا؛ كَانَ رُجُوعًا؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمَ الْعَيْنِ الْمَوْصِي بِهَا إِلَّا بِتَسْلِيمِ تِلْكَ
الرِّيَادَةِ، وَلَا يَحِبُّ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فَيَذَلُّ عَلَى الرُّجُوعِ، كَمَا إِذَا لَتَّ السَّوِيْقُ الْمَوْصِي

١ - الحسد وكان داجلاً. وقد تقدم التعريف بذلك.

(١) بطر «شرح مختصر، الكرحي» للفردري [ق/٤٠٦/دعاد]

(٢) في الأصل: «حق الوصية»، والمثبت من «ن»، و«٢٥»، و«ع»، و«م»، و«ر»

تخصيص الدار الموصى بها وعدم يتاها لأنه تصرف في التابع ، وكل تصرف
أوخت روال ملك الموصى فهو رجووع ، كما إذا باع العبد الموصى به ثم اشتراه
أو وهبه ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه ، فإذا أراه كان رجوعاً
ودبح الشاة الموصى بها رجوعاً لأنه ليصرف إلى حاجته عادة ، فصار هذا
المعنى أضلاً أيضاً ، وعند الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً لأن من أراه

به سلفاً ، أو نسي ساء في الدار الموصى بها .

وكذا إذا أوصى بقطعة ، ثم حرقه ، أو شرب فحمه طهارة ، أو بطنة ؛ لأنه
لا يثبت عليه نقص ديت ، يكونه تصرف في ملكه . وهذا بخلاف تخصيص الدار
وهدم سائها ، حيث لا يكون رجوعاً ، لأن ساء نفع ، والتخصيص رية .

وكذا لو غسل الثوب الموصى به ، لأنه أزال الوسخ ، وكل تصرف أوجب
روال ملك الموصى ؛ فهو رجوع ، كما إذا باع الموصى به ثم اشتراه ؛ لأن البيع
أوخت روال الملك ، فمحال أن تبقى الوصية [١٠٤] ، معها .

وإذا دبح الشاة الموصى بها كان مجزئ الدبح رجوعاً ، وكان ينفي ألا ينط
الوصية ؛ لأنه نقصان ، كما إذا قطع ثوباً ولم يحطه ، أو هدم ساء دار .

ولكن نقول : ينط الوصية ؛ لأن الدبح دليل على استبقائه على ملكه ، فكان
دليل الرجوع ، لأنه تصرف لا ينفيه عادة إلى وقت الموت ؛ لأن اللحم قلما يبقى
عادة إلى وقت الموت ، فصار من هذا الوجه دلالة الرجوع .

قال في «الثحفة» : «ولو أوصى بقميص ، ثم فتنه وخعله قاء ، يكون رجوعاً .
ولو لم يحطه قاء [١٠٩] ، ولكن نقص القميص ، فيه اختلاف المشايخ »

لَا يُقْضَى ثَوْبُهُ غَيْرُهُ يَغْسِلُهُ عَادَةً فَكَانَ تَقْرِيرًا

قوله: (فَكَانَ تَقْرِيرًا)، أي: قَالَ كَانَ غَسْلُ الثَّوْبِ الْمُوصَى بِهِ تَقْرِيرًا لِلْوَصِيَّةِ؛
لأنه يُرَادُ بِهِ أَنْ يَكُونَ الْمُوصَى بِهِ عَلَى أَنْطَبِ حَالٍ، وَلَا يُرَادُ بِهِ اسْتِيقَاؤُهُ عَلَى مِلْكِهِ
عِنْدَهُ. أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا لِحَبِيبَتِكُمْ مِمَّا تَكُونُونَ فِيهِ﴾ [سورة النحل: ١٠٦].

قَالَ الْإِمَامُ الْأَنْسَابِيُّ رحمته فِي «شرح الطحاوي»: «الْوَصِيَّةُ عَلَى أَرْبَعَةِ
أَحْوَاجٍ فِي وَحْدَةٍ: تَحْتَمِلُ الْقَسْخَ مِنْ جِهَةِ الْقَوْلِ وَالْفِعْلِ جَمِيعًا، وَمِنْ وَحْدَةٍ لَا تَحْتَمِلُ
قَسْخَ مِنْ جِهَةِ الْقَوْلِ [وَالْفِعْلِ جَمِيعًا، وَمِنْ وَحْدَةٍ تَحْتَمِلُ الْقَسْخَ مِنْ جِهَةِ
الْفِعْلِ]، وَلَا تَحْتَمِلُ مِنْ جِهَةِ الْفِعْلِ، وَمِنْ وَحْدَةٍ تَحْتَمِلُ الْقَسْخَ مِنْ جِهَةِ الْفِعْلِ،
وَلَا تَحْتَمِلُ مِنْ جِهَةِ الْقَوْلِ.

أَمَّا الَّتِي تَحْتَمِلُ الْقَسْخَ مِنْ جِهَةِ الْقَوْلِ وَالْفِعْلِ جَمِيعًا: فَهِيَ الْوَصِيَّةُ بِالْغَيْرِ (١)
رَحْلٍ، وَقَسْخُهَا مِنْ جِهَةِ الْقَوْلِ أَنْ يَقُولَ: قَسَخْتُ الْوَصِيَّةَ وَرَخَفْتُ عَنْ ثَلَاثِ الْوَصِيَّةِ.
وَأَمَّا قَسْخُهَا مِنْ جِهَةِ الْفِعْلِ: فَهُوَ أَنْ يَبِيعَهُ، أَوْ يَغْنَمَهُ، أَوْ يُخْرِجَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِوَاحِدَةٍ
مِنَ الْوَحْوَةِ.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي لَا يَحْتَمِلُ الْقَسْخَ مِنْ جِهَةِ الْفِعْلِ وَالْقَوْلِ جَمِيعًا: فَهُوَ التَّذْيِيرُ.
وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَجُوزُ الرَّجُوعُ عَنْهُ بِالْقَوْلِ وَلَا يَجُوزُ بِالْفِعْلِ: فَهُوَ الْوَصِيَّةُ
بِشَيْءٍ مَالِيٍّ، أَوْ ثَلَاثٍ مَالِيٍّ، لَوْ رَجَعَ عَنْهُ بِالْقَوْلِ حَازَ، وَلَوْ أَخْرَجَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِالسَّيِّعِ
رَبِيَّةً ثُمَّ بَطَلَ الْوَصِيَّةُ، وَتَقَدَّرَ مِنْ ثَلَاثِ السَّاقِي.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي يَجُوزُ الرَّجُوعُ عَنْهُ مِنْ جِهَةِ الْفِعْلِ، وَلَا يَجُوزُ مِنْ جِهَةِ

سحر شرح مختصر الطحاوي: للأَنْسَابِيِّ (٣١٢/٢).

١. ما بين المعقوفين: زيادة من: ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦، ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٧٢، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٧٧، ١٤٧٨، ١٤٧٩، ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢، ١٤٨٣، ١٤٨٤، ١٤٨٥، ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٨، ١٤٨٩، ١٤٩٠، ١٤٩١، ١٤٩٢، ١٤٩٣، ١٤٩٤، ١٤٩٥، ١٤٩٦، ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٤٩٩، ١٥٠٠، ١٥٠١، ١٥٠٢، ١٥٠٣، ١٥٠٤، ١٥٠٥، ١٥٠٦، ١٥٠٧، ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥١٠، ١٥١١، ١٥١٢، ١٥١٣، ١٥١٤، ١٥١٥، ١٥١٦، ١٥١٧، ١٥١٨، ١٥١٩، ١٥٢٠، ١٥٢١، ١٥٢٢، ١٥٢٣، ١٥٢٤، ١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٥٣١، ١٥٣٢، ١٥٣٣، ١٥٣٤، ١٥٣٥، ١٥٣٦، ١٥٣٧، ١٥٣٨، ١٥٣٩، ١٥٤٠، ١٥٤١، ١٥٤٢، ١٥٤٣، ١٥٤٤، ١٥٤٥، ١٥٤٦، ١٥٤٧، ١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠، ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٥٥، ١٥٥٦، ١٥٥٧، ١٥٥٨، ١٥٥٩، ١٥٦٠، ١٥٦١، ١٥٦٢، ١٥٦٣، ١٥٦٤، ١٥٦٥، ١٥٦٦، ١٥٦٧، ١٥٦٨، ١٥٦٩، ١٥٧٠، ١٥٧١، ١٥٧٢، ١٥٧٣، ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦، ١٥٧٧، ١٥٧٨، ١٥٧٩، ١٥٨٠، ١٥٨١، ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ١٥٨٧، ١٥٨٨، ١٥٨٩، ١٥٩٠، ١٥٩١، ١٥٩٢، ١٥٩٣، ١٥٩٤، ١٥٩٥، ١٥٩٦، ١٥٩٧، ١٥٩٨، ١٥٩٩، ١٦٠٠، ١٦٠١، ١٦٠٢، ١٦٠٣، ١٦٠٤، ١٦٠٥، ١٦٠٦، ١٦٠٧، ١٦٠٨، ١٦٠٩، ١٦١٠، ١٦١١، ١٦١٢، ١٦١٣، ١٦١٤، ١٦١٥، ١٦١٦، ١٦١٧، ١٦١٨، ١٦١٩، ١٦٢٠، ١٦٢١، ١٦٢٢، ١٦٢٣، ١٦٢٤، ١٦٢٥، ١٦٢٦، ١٦٢٧، ١٦٢٨، ١٦٢٩، ١٦٣٠، ١٦٣١، ١٦٣٢، ١٦٣٣، ١٦٣٤، ١٦٣٥، ١٦٣٦، ١٦٣٧، ١٦٣٨، ١٦٣٩، ١٦٤٠، ١٦٤١، ١٦٤٢، ١٦٤٣، ١٦٤٤، ١٦٤٥، ١٦٤٦، ١٦٤٧، ١٦٤٨، ١٦٤٩، ١٦٥٠، ١٦٥١، ١٦٥٢،

وَلَمْ يُحْمَدِ أَنَّ الْجُحُودَ تَقِي فِي النَّاصِي وَالْإِنْتِقَاءَ فِي الْحَالِ صَرُورَةً ذَلِكَ،
وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا فِي الْحَالِ كَانَ الْجُحُودُ لَعَوًا أَوْ لِأَنَّ الرَّجُوعَ إِثْبَاتٌ فِي النَّاصِي

أَمَرَ الشُّهُودَ بَأَن يَكْذِبُوا، فَإِذَا أَمَرَهُم بِالْكَذِبِ لَا يَكُونُ رُجُوعًا. كَذَا ذَكَرَ الْمُقْبِيُّ أَبُو
الْثَّيْبِ رحمته الله فِي كِتَابِ «مَكْتُبِ الْوَصَايَا».

ثُمَّ قَالَ الْفَقِيهُ: «وَالصَّحِيحُ أَنَّ يُقَالَ: [إِنْ] ' فِي الْمَسْأَلَةِ اخْتِلَافًا، لِأَنَّهُ رُوِيَ
عَنِ الْمُعَلَّى بْنِ مَنصُورٍ أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا يُوسُفَ عَنْ رَجُلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِوَصِيَّةٍ،
ثُمَّ جَحَدَ، [قَالَ] (١): يَكُونُ رُجُوعًا. وَسَأَلْتُ مُحَمَّدًا رحمته الله فَقَالَ: لَا يَكُونُ الْجُحُودُ
رُجُوعًا. فَتَبَيَّنَ أَنَّ الَّذِي قَالَ فِي الْوَصَايَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله، وَالثَّانِي قَالَ
فِي «الْجَامِعِ» قَوْلُ مُحَمَّدٍ رحمته الله. إِلَى هُنَا لَعَطُ الْمُقْبِيِّ.

وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ فِيهِ: مَا قَالَ الْكَزْخِي رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «قَالَ [مُعَلَّى] (٢):
عَنْ أَبِي يُوسُفَ فِي «تَوَادِرِهِ»: قَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله فِي رَجُلٍ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ، ثُمَّ
غَرَضَتْ عَلَيْهِ مِنَ الْغَدِّ، فَقَالَ: لَا أَعْرِفُ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ، أَوْ قَالَ: لَمْ أَوْصِ بِهِ هَذِهِ
الْوَصِيَّةَ، قَالَ: فَهَذَا رُجُوعٌ مِنْهُ فِي الْوَصِيَّةِ.

قَالَ مُعَلَّى: وَسَأَلْتُ مُحَمَّدًا رحمته الله عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: لَا يَكُونُ الْجُحُودُ رُجُوعًا.
وَقَالَ مُحَمَّدٌ فِي «الْأَصْلِ»: فِي رَجُلٍ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِعَقْدٍ، ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِأَخْرَ
- فِي الْمَسَائِلِ الَّتِي قَدَّمْنَا دِكْرَهَا - [وَلَوْ لَمْ] (٣) يُوصِ بِهِ لِأَخْرَ، وَلَكِنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ
لِلْأَوَّلِ، أَوْ قَالَ: لَمْ أَوْصِ لَهُ بِهِ، فَهَذَا رُجُوعٌ، وَلَمْ يُصِفْ مُحَمَّدٌ الْقَوْلَ إِلَى أَخْرَ.

قَالَ: «وَكَذَلِكَ لَوْ قِيلَ لَهُ: أَوْصَيْتَ لِعُلَانٍ بِعَقْدِكَ فَلَاي؟ فَقَالَ: لَا، فَهَذَا

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: رِبَادَةٌ مِنْ «ن»، وَ«٢٦٥»، وَ«ع»، وَ«ر».

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: رِبَادَةٌ مِنْ «ن»، وَ«ع»، وَ«٢٥٥»، وَ«م»، وَ«ر».

(٣) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «٢٦٥»، وَ«ع»، وَ«ر».

(٤) رَفَعَ فِي الْأَصْلِ «وَلَمْ»، وَالْمَنْتَبِ مِنْ «ن»، وَ«٢٥٥»، وَ«ع»، وَ«م»، وَ«ر».

وَنَفِيٍّ فِي الْحَالِ وَالْخُحُودُ نَفِيٌّ فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ فَلَا يَكُونُ رُحُوعًا حَقِيقَةً
وَلِهَذَا لَا يَكُونُ حُحُودُ النِّكَاحِ قُرْفَةً.

رُحُوعٌ، قَالَ وَلَوْ قَبْلَ لَه: أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِعَتِكَ فُلَانٍ فَقَالَ: لَا، وَلَكِنْ أَوْصَيْتُ
لَه بِفُلَانَةٍ، كَانَ رُحُوعًا عَنِ الْعَبْدِ، وَمُوصًى لَه بِالْأَمَةِ^(١)

وَقَالَ فِي «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ»^(٢): «فِي رَحْلِ أَوْصَى لِرَحْلٍ ثَلَاثَ مَالِهِ ثُمَّ قَالَ بَعْدَ
دَنْتٍ. اشْهَدُوا أَنِّي لَمْ أَوْصِ لِفُلَانٍ بِقَلِيلٍ وَلَا كَثِيرٍ، ثُمَّ يَكُنْ هَذَا مِنْ رُحُوعًا عَنِ
وَصِيَّتِهِ لِفُلَانٍ»^(٣) إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْجِيِّ.

وَجَهٌ مَا ذَكَرَهُ فِي «الْجَامِعِ»: وَهُوَ الْقِيَاسُ أَنَّ قَوْلَهُ: «لَمْ أَوْصِ بِهِ». كَذِبٌ
مَخْصَرٌ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَانَ أَوْصَى، وَالْكَذِبُ بِمَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ، فَيُحْضَلُ وَجُودُهُ
وَعَدَمُهُ بِمُتَرَلِّهِ. كَمَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: لَمْ أُنْرِجْكَ، وَتَوَيَّ الطَّلَاقَ؛ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ
كَذِبٌ مَخْصَرٌ، فَيُحْضَلُ وَجُودُهُ وَعَدَمُهُ بِمُتَرَلِّهِ، وَلِأَنَّ الْخُحُودَ فِي الْوَصِيَّةِ لَا يَنْحَقُّ،
لِأَنَّ وُحُوتَهَا بِالْمَوْتِ، وَلَمْ تُجِبْ فِي الْحَالِ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُوصِي لَه لَوْ قَبْلَ فِي الْحَيَاةِ
حَرَّ رَدِّهِ بَعْدَ الْوَفَاةِ، وَلَوْ رَدَّهَ فِي الْحَيَاةِ حَرَّ قَتْلِهِ بَعْدَ الْوَفَاةِ.

فَلَمَّا ثَبِتَ أَنَّ وُحُوتَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَمْ يَحْتَاجْ إِلَى رَدِّهِ فِي الْحَالِ.
فَالْمُوصِي صَادِقٌ فِي مَقَالَتِهِ بِأَنَّهُ لَمْ يُوصِ لَه. يَنْبَغِي لَمْ يُوجِبْ لَه الْوَصِيَّةَ بَعْدَ، وَلِأَنَّ
جُحُودَ الْوَصِيَّةِ نَفِيٌّ لَهَا فِيمَا مَضَى، عَلَى مَعْنَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمْ تَكُنْ وَاقِعَةً، وَاتِّدَاءُ
الْوَصِيَّةِ فِي الْحَالِ يُلْزِمُ مِنْ صَرُورَةٍ نَفِيٍّ فِي الْمَاضِي صِفَةً، وَمَا ثَبِتَ فِي صِفَةِ
شَيْءٍ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا ثَبِتَ الْمُتَضَمَّنُ، وَلَا يَثْبُتُ الْمُتَضَمَّنُ؛ لِأَنَّهُ كَذِبٌ، فَلَا يَثْبُتُ
فِي صِفَتِهِ أَيْضًا، وَهُوَ الْإِتِّدَاءُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ سَاءٌ عَلَى ذَلِكَ، فَكَانَتِ الْوَصِيَّةُ نَفِيَّةً

(١) يَصْرُحُ «الْأَصْلُ سَمْعُودُ الْمَسْطُوطُ» [٥/ ٤٣٦] طَعْنًا وَرَدَّ الْأَوَّلَ لِمَعْرَبِهِ |

(٢) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الْكَبِيرُ» لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ [ص/ ٢٩٥]

(٣) يَصْرُحُ الشَّرْحُ مَخْصَرُ الْكَرْجِيِّ لِلدُّوَرِيِّ [ق/ ٤٠٦] دَامِدًا |

في صحة الوصية

في الحال، فلغاً الجُحود، ولأن الجُحود ليس برُجوع؛ بدليل أن الرجوع عن الوصية عبارة عن أثباتها في الماضي، وإنطالها في الحال، والجُحود عبارة عن نفيها أصلاً في الماضي والحال جميعاً، فإذا كان الرجوع إثباتاً في الماضي، والجُحود نفيًا في الماضي، لا يكون الجُحود رجوعاً لمناهية بين الإثبات والنفي. ووجه ما ذكر في كتاب «الوصايا» وهو الاستحسان. وهو أن الجُحود وإن كان كذباً مخضاً إلا أنه صلح كناية عن الفسخ، لأن بين الجُحود والفسخ موافقة في المعنى الخاص، فإن الجُحود مما ينفي العقد في الماضي والمستقبل، والفسخ مما ينفي العقد في المستقبل، فكان بينهما موافقة في المعنى الخاص.

فإن تعدد العمل بحقيقته يجعل كناية عن الفسخ، فصار قوله: «لَمْ أَوْصِ بِهَا». بمنزلة قوله: «فَسَخْتُ وَصِيَّةً فَلَانِ»، ولو نُصِرَ على ذلك صح؛ لأن الموصي ملك الرجوع من الوصية، بخلاف ما لو قال لامرأته: لَمْ أَتَزَوَّجْكَ؛ لأنه لا يمكن أن يجعل كناية عن الفسخ، لأن النكاح لا يحتمل الفسخ، ألا ترى أنهما لو تفاخرا لا ينسخ، فتعد أن يجعل كناية عن الطلاق؛ لأنه ليس بينهما مشابهة؛ لأن الجُحود ينفي العقد، والطلاق مما لا ينفي النكاح، وإنما يقطع بملك النكاح لا النكاح.

ولهذا لا يسقط شيء من الصداق إذا كان بعد الدخول، بخلاف ما لو قال: لا نكاح بيني وبينك، أو لست لي بامرأة؛ لأن يحتمل الطلاق بأن يريد لست لي بامرأة؛ لأنني طلقتك؛ لأنه لو صرح بذلك استقام، فكذا إذا أضمر، ولأن جُحود الوصية يجعل رجوعاً عنها؛ لأن كل منكر للشيء ليس براضٍ بوجوده ورأى له.

ألا ترى أن جُحود الموكل الوكالة حخر على الوكيل، وجُحود المتبايعين سبع فسخ ١٨٧١ ١٢ وإقالة، وجُحود المودع فسخ لعقد الوديعة، فكذلك هاهنا،

وَلَوْ قَالَ: كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصِيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ، فَهُوَ حَرَامٌ وَرَبًّا، لَا يَكُونُ رُحُوعًا، لِأَنَّ
الْوَصْفَ يَسْتَدْعِي بَقَاءَ الْأَصْلِ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَامَ فِيهِ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُ الدَّاهِي
الْمُتَلَاشِي.

وَلِأَنَّ الْجُحُودَ لَوْ سَمَّيْنَاهُ عَلَى الرُّحُوعِ كَدًّا كَدِيًّا، وَحَمَلُ أُمُورِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى
الصَّحَةِ أَوْلَى، وَلِأَنَّ الْجَائِدَ بَابٌ لِلْوَصِيَّةِ فِي الْمَصِيبِ وَالْحَالِ جَمِيعًا، وَتَقِي
الْوَصِيَّةَ فِي الْحَالِ يَصِيحُّ، فَإِذَا ضُمَّ إِلَيْهِ غَيْرُهُ كَانَ أَوْلَى، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ
فِي «الْمَنْبِيِّ»: (لِأَنَّ الرُّحُوعَ تَقِي فِي الْحَالِ، وَالْجُحُودَ تَقِي فِي الْمَاضِي وَالْحَالِ.
فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ رُحُوعًا).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ قَالَ: كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصِيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ، فَهُوَ حَرَامٌ وَرَبًّا، لَا يَكُونُ
رُحُوعًا)، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَعَ مَا مَعَهَا إِلَى الْبَابِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ». إِلَّا
مَسْأَلَةَ تَأْخِيرِ الْوَصِيَّةِ، وَكُنْهَا مَذْكُورَةٌ فِي «مَخْتَصَرِ الْكُرُخِيِّ»، وَقَدْ ذَكَرَهَا صَاحِبُ
«الْهِدَايَةِ» فِيهَا عَلَى سَبِيلِ التَّفْصِيلِ.

وَلَوْ قَالَ: كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصِيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ فَهِيَ بَاطِلَةٌ، يَكُونُ رُحُوعًا.

وَقَرَّرَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ، أَنَّ الْوَصْفَ يَسْتَدْعِي بَقَاءَ الْأَصْلِ.
يَعْنِي: أَنَّ الْوَصْفَ الْوَصِيَّةَ بِأَنَّهَا حَرَامٌ، أَوْ رَبًّا يَقْتَضِي كَوْنَ أَصْلِ الْوَصِيَّةِ بَاقِيًا، لِأَنَّهُ
لَا وَجُودَ لِلصِّفَةِ بِدُونِ قِيَامِهَا بِالْمَوْصُوفِ، فَلَمَّا قَتَضَى الْوَصْفُ بَقَاءَ الْأَصْلِ، لَمْ
يَكُنِ الْوَصْفُ بِالْحُرْمَةِ، أَوْ الرَّبِّ دَلِيلَ الرُّحُوعِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: (فَهِيَ بَاطِلَةٌ)، لِأَنَّ
الْبَاطِلَ هُوَ الْمُضْمَحِلُّ لِمُتَلَاشِي، فَكَانَ قَوْلُهُ: (فَهِيَ بَاطِلَةٌ)، دَلِيلَ الرُّحُوعِ.

وَقَرَّرُوا فِي «شُرُوحِ» «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ» بَوْحَهُ آخِرًا. وَهُوَ أَنَّ قَوْلَهُ: (فَهِيَ

(١) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ: «الشرح»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْهُ: «الشرح»، وَفِي «الشرح»، وَفِي «الشرح».

(٢) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ: «الصغير»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْهُ: «الصغير»، وَفِي «الشرح»، وَفِي «الشرح».

وَلَوْ قَالَ: أَخَّرْتُهَا لَا يَكُونُ رُجُوعًا؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ لِلسُّقُوطِ كَتَأْخِيرِ
دَيْنٍ (بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ تَرَكْتُ) لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ.

وَلَوْ قَالَ: الْعَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ؛ كَانَ رُجُوعًا.....

في صفة الوصية

نَجَتْ. وَصَفَ لِلْوَصِيَّةِ بِمَا تَصِفُ بِهِ بَعْدَ الرَّجْعِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بَعْدَ الرَّجْعِ
وَيُنَجِّحُ تَوْصِفُ بِكُونِهَا بَاطِلَةً، أَلَا تَرَى أَنَّ الْمُوصِي يَقُولُ: وَصِيَّةٌ لِفُلَانٍ بَاطِلَةٌ لِأَنِّي
رَجَعْتُ عَنْهَا، فَصَحَّ هَذَا الْوَصْفُ، وَإِنَّمَا يَصَحُّ إِذَا بَطَلَتْ بِالرُّجْعِ عَنْهَا.

أَمَّا قَوْلُهُ: «فَهِیَ حَرَامٌ عَلَيْهِ»، أَوْ فِیهِ رِبَاٌ وَصَفَ الْوَصِيَّةَ بِمَا لَا يُوصَفُ بِهِ،
لَا قَبْلَ الرَّجْعِ وَلَا بَعْدَ الرَّجْعِ.

أَمَّا قَبْلَ الرَّجْعِ: فَظَاهِرٌ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِحَرَامٍ وَلَا رِبَاً.

وَأَمَّا بَعْدَ الرَّجْعِ: فَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تُوصَفُ بِكُونِهَا حَرَامًا أَوْ رِبَاً، فَلَمَّا هَذَا
بَعْدَ الْوَصْفِ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَالَ: كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ فَهِیَ رِبَاٌ^(١).
قَوْلُهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَخَّرْتُهَا لَا يَكُونُ رُجُوعًا؛ لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لَيْسَ لِلسُّقُوطِ).

قَالَ الْكَرْجِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «وَقَالَ ابْنُ رُسْتَمٍ: عَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله: لَوْ أَنَّ
رَجُلًا أَوْصَى نَوَاصِيًا إِلَى رَجُلٍ، فَقِيلَ لَهُ: إِنَّكَ سَتَبَرَأُ فَأَخَّرَ الْوَصِيَّةَ، فَقَالَ: قَدْ أَخَّرْتُهَا؛
لَيْسَ هَذَا بِرُجْعٍ [٢٧١، ٨] عَنِ الْوَصِيَّةِ. وَلَوْ قِيلَ لَهُ: اتْرُكْهَا، فَقَالَ: قَدْ تَرَكْتُهَا؛ فَهَذَا
رُجْعٌ عَنِ الْوَصِيَّةِ، أَلَا تَرَى أَنَّكَ لَوْ قُلْتَ لِرَجُلٍ لَكَ عِنْدِي دَيْنٌ: قَدْ تَرَكْتُ عَلَيْكَ دَيْنِي،
كَانَ تَرَكًا، وَلَوْ قُلْتَ: قَدْ أَخَّرْتُ؛ لَمْ يَكُنْ تَرَكًا»^(٢). إِلَى هَذَا لَعَطُ الْكَرْجِيِّ رحمه الله.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ قَالَ: الْعَبْدُ الَّذِي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ)^(٣)؛ كَانَ رُجُوعًا؛

(١) وقع في الأصل: «ربح»، والمثبت من «أ» و«ار»، و«ام»، و«اع».

(٢) بصر: اشرح مختصر الكرجي للقُدوري [ق، ٤٠٧، د، ماد].

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «فإن»، و«اع»، و«ار»، و«ام»، و«اع».

لِأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ
لِآخَرَ ؛ لِأَنَّ الْمَحَلَّ يَحْتَمِلُ الشَّرِكَةَ وَاللَّفْظُ صَالِحٌ لَهَا

❦ غَايَةُ الْبَيَانِ ❦

لِأَنَّ اللَّفْظَ يَدُلُّ عَلَى قَطْعِ الشَّرِكَةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ
لِآخَرَ ، أَيُّ : يَكُونُ الْعَبْدُ بَيْنَ الْمُوصَى لِهَما نَصَفَتَيْنِ .

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْيُسُفِ ❦ فِي كِتَابِ «نُكْتِ الْوَصَايَا» : «وَإِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ
بِعَبْدِهِ وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِهِ ، ثُمَّ أَوْصَى بِذَلِكَ الْعَبْدِ لِآخَرَ ؛ فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ؛ لِأَنَّ
الْوَصِيَّةَ أَمْرٌ فِي الْمُسْتَأْنَفِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْبُتَ حَقَّانِ فِي الْمُسْتَأْنَفِ فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ ،
أَلَّا تَرَى أَنَّ الشُّعْعَةَ تَجِبُ لِاثْنَيْنِ وَلَا تُكْثَرُ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ ، وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي نَفْسٍ
وَاحِدَةٍ لِاثْنَيْنِ ، وَيَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْحَقُّ عَلَى الْكَمَالِ ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يَجِبُ
لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقُّ الْوَصِيَّةِ فِي جَمِيعِ الْعَبْدِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا تَصَايَقَ حَقُّهُمَا يَحْتَمِلُ
الْقَاضِي الْعَبْدَ بَيْنَهُمَا نِصَفَتَيْنِ .

قَالَ فِي «الْأَصْلِ»^(١) فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ : إِنَّ الْمُوصِي إِذَا أَصَافَ الْوَصِيَّةَ الثَّانِيَةَ
إِلَى الْمُوصَى بِهِ ؛ لَا يَكُونُ رُجُوعًا ، فَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ لِهَما جَمِيعًا ، وَلَوْ أَنَّهُ أَصَافَ
الْوَصِيَّةَ الثَّانِيَةَ إِلَى الْوَصِيَّةِ الْأُولَى ؛ يَكُونُ رُجُوعًا ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ الْعَبْدُ الَّذِي
أَوْصِيَتْ بِهِ لِفُلَانٍ قَدْ أَوْصِيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ ؛ صَارَ ذَلِكَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْوَصِيَّةَ
الْأُولَى لِلثَّانِي ، فَإِذَا جَعَلَ تِلْكَ الْوَصِيَّةَ لِلثَّانِي كَانَ رُجُوعًا .

وَأَمَّا إِذَا أَصَافَ الْوَصِيَّةَ الثَّانِيَةَ إِلَى لَعْنَةٍ ؛ لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ :
أَوْصِيْتُ بِهَذَا الْعَبْدِ لِهَذَا الرَّحُلِ ، ثُمَّ يَقُولَ : أَوْصِيْتُ بِهَذَا الْعَبْدِ لِهَذَا الرَّجُلِ لِرَجُلٍ
آخَرَ ؛ لَا يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنَّهُ يَجْتَمِعُ حَقَّانِ فِي عَبْدٍ وَاحِدٍ .

وَلَوْ أَنَّهُ قَالَ : الْعَبْدُ الَّذِي أَوْصِيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ قَدْ أَوْصِيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ ؛ لَا يَكُونُ

وَكَذَا إِذَا قَالَ: فَهُوَ لِفُلَانٍ وَارِثِي؛ يَكُونُ رُجُوعاً عَنِ لِمَا بَيَّنَّا وَيَكُونُ وَصِيَّةً لِلْوَارِثِ. وَقَدْ ذَكَّرْنَا حُكْمَهُ.

غاية البيان

رجوعاً؛ لأنَّ الواو للعطف، والعطف إنَّما يَكُونُ بعدَ تقريرِ المَنْطُوبِ عليه، فإذا أَوْصَى لِلثَّانِي بعدَ تقريرِ الأوَّي؛ لَا يَكُونُ رُجُوعاً، وَلَكِنْ يَثْبُتُ لهما جميعاً.

ولو قال: العبدُ الَّذي أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ، فَقَدْ أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ؛ يَكُونُ رُجُوعاً؛ لأنَّ الفاءَ لِلوَصْلِ مع كَوْنِهِ لِلْعَطْفِ، فَقَدْ وَصَلَ الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَةَ بِالْوَصِيَّةِ الْأُولَى، وَخَعَلَ تِلْكَ الْوَصِيَّةَ لِلثَّانِي، فَصَبِرُ رُجُوعاً.

كما قُلُوا [٢٧٢/٨ م] فِي بَابِ الْمُضَارَبَةِ إِذَا دَفَعَ إِلَى رَجُلٍ مَالاً مُضَارَبَةً، فَقَالَ لَهُ: خُذْ هَذَا الْمَالَ مُضَارَبَةً، وَاعْمَلْ فِيهِ بِالْكُوفَةِ، فَلَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِي غَيْرِ الْكُوفَةِ، وَلَوْ قَالَ: خُذْ هَذَا الْمَالَ فَاعْمَلْ بِالْكُوفَةِ؛ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْمَلَ فِي غَيْرِهَا؛ لِأَنَّ الْفَاءَ لِلوَصْلِ، وَالْوَوَ لِلْعَطْفِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

قوله: (وَكَذَا إِذَا قَالَ فَهُوَ لِفُلَانٍ وَارِثِي؛ يَكُونُ رُجُوعاً عَنِ الْأَوَّلِ).

[٢٧٢/٨ م] قَالَ فِي «الْحَامِعِ الْكَبِيرِ»: «لَوْ قَالَ: كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ، فَهِيَ لِفُلَانٍ وَارِثِي؛ فَهُوَ رُجُوعٌ، وَهُوَ لِلْوَارِثِ إِنْ أَجَازَهَا الْوَرِثَةُ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْ فَهِيَ مِيراثٌ»^(١)

وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا قَالَ: «هِيَ لِفُلَانٍ وَارِثِي» نَقَلَ جَمِيعَ ذَلِكَ إِلَى وَارِثِهِ، وَصَحَّ النَّقْلُ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ صَحِيحَةٌ إِلَّا أَنَّهُا يَقِفُ عَلَى إِجْزَاءِ الْوَرِثَةِ، فَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ بِثُلْثِ مَالِهِ كَالْوَصِيَّةِ لِلْأَجْنَبِيِّ بِمَا زَادَ عَنِ الثُّلْثِ، فَلَمَّا صَحَّ النَّقْلُ، كَانَ رُجُوعاً عَنِ الْوَصِيَّةِ لِفُلَانٍ وَوَصِيَّةً لِلْوَارِثِ، فَإِنْ أَحَارَ بَقِيَّةُ الْوَرِثَةِ جَازَتْ، وَلَمْ تَكُنْ لِلْوَرِثَةِ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْ وَانْطَلَتْ، وَكَانَ مِيرَاثًا لِلْوَرِثَةِ.

(١) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [٢٩٥/ص]

وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ الْآخِرُ مِتْنَا حِينَ أَوْصَى ؛ فَالْوَصِيَّةُ الْأُولَى عَلَى حَالِهَا ؛ لِأَنَّ
الْوَصِيَّةَ الْأُولَى إِنَّمَا تَبْطُلُ ضَرُورَةً كَثْرَتِهَا يَلْدِي وَلَمْ يَتَّحَقَّقْ قَبْقَبِي لِلْأَوَّلِ .

وَلَوْ كَانَ فُلَانٌ حِينَ قَالَ ذَلِكَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ؛ فَهِيَ
لِلوَرَثَةِ لِطُلَانِ الْوَصِيَّتَيْنِ الْأُولَى بِالرُّجُوعِ وَالثَّانِيَةِ بِالْمَوْتِ .

وهذا معنى قوله : (وقد ذكرنا حكمه) . أي حكم الإبقاء للورث . يعني .
إن أجازوا الوصية جازت ، وإلا بطلت

قوله : (ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى . فالوصية الأولى على حالها) .
يعني . لو قال . كُلُّ وَصِيَّةٍ أَوْصَيْتُ بِهَا لِفُلَانٍ فَهِيَ لِفُلَانِ الْآخِرِ . وَكَانَ فُلَانٌ لآخر
حِينَ أَوْصَى لَهُ مِتًّا . ثُمَّ يَصْغُرُ رُجُوعُ . لِأَنَّهُ يَصْغُرُ سَقْلُ عَنِ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى .
لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْمِتِّ بِاصَّةً . فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَوْصَ لِآخِرٍ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى .

قوله : (ولو كان فلان حيا حين قال ذلك . ثم مات قبل موت الموصي ؛ فَهِيَ
لِلوَرَثَةِ) ، أي : لورثة الموصي

يعني : إِذَا كَانَ فُلَانٌ الْآخِرُ حَيًّا حِينَ أَوْصَى لَهُ ؛ يَصْغُرُ السَقْلُ عَنِ الْوَصِيَّةِ
الْأُولَى . ثُمَّ إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهُ ثَانِي فَلَمْ يَمُتِ الْمُوصِي ؛ تَطْلُ الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَّةُ
أَيْضًا بِمَوْتِهِ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، فَإِذَا تَطَلَّبَ الْوَصِيَّتَيْنِ جَمِيعًا ، الْأُولَى بِرُجُوعِ الْمُوصِي
عَنْهَا ، وَالثَّانِيَةِ بِمَوْتِ الْمُوصِي لَهُ الثَّانِي قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي .

وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْمَالِ

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ، وَلَا آخَرَ بِثُلْثِ مَالِهِ، وَلَمْ يُجِرِ الْوَرَثَةَ؛ فَالْثُلْثُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يَضِيقُ الثُّلُثُ عَنْ حَقِّهِمَا إِذَا لَا يُرَادُّ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَارَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ وَقَدْ تَسَاوَىا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ فَيَسْتَوِيَانِ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ، وَالْمَحِلُّ يَقْبَلُ الشَّرِكَةَ فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا.

غاية البيان

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْمَالِ

لَمَّا كَانَ لِمُعْتَبِرٍ فِي الْوَصِيَّةِ هُوَ ثُلُثُ الْمَالِ عِنْدَ عَدَمِ إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ: تَرَجَّمَ هَذَا لَدَى بَابِ الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَسْأَلَةَ الْإِصْءَاءِ لَوَاحِدٍ بِالثُّلْثِ، وَلَا آخَرَ بِالثُّلْثِ أَيْضًا، وَمَسْأَلَةُ الْإِصْءَاءِ لَوَاحِدٍ بِالثُّلْثِ وَلَا آخَرَ بِالسُّدُسِ، وَمَسْأَلَةُ الْإِصْءَاءِ لَوَاحِدٍ بِجَمِيعِ الْمَالِ، وَلَا آخَرَ بِالثُّلْثِ [٨/ ٢٤٧٢] وَمَا شَابَهُ ذَلِكَ، فَتَكُونُ الْوَصِيَّةُ زِيَادَةً عَلَى الثُّلْثِ لَا مُحَالَةً.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ، وَلَا آخَرَ بِثُلْثِ مَالِهِ، وَلَمْ يُجِرِ الْوَرَثَةَ، فَالْثُلْثُ بَيْنَهُمَا)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)

وَأِنَّمَا قَيَّدَ بِقَوْلِهِ: (وَلَمْ يُجِرِ الْوَرَثَةَ)؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُجَارَ الْوَرَثَةُ يَضْرِبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُوصَى لِهَما بِوَصِيَّتِهِ، فَيَكُونُ لَهُمَا الثُّلَثَانِ، وَالثُّلْثُ لِلْوَرَثَةِ، فإِذَا اُعْدِمَتِ الْإِجَارَةُ؛ كَانَ الثُّلْثُ بَيْنَهُمَا يَضْمِينِ، وَالثُّلَثَانِ يَلْوَرَثَتُهُ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَىا فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ وَاحِدٌ مَهُمَا أَحَقُّ بِثُلْثِ الْمَالِ مِنَ الْآخَرِ، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ

(١) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/ ٢٤٢].

وَبِأُوصَى لِأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ وَالْآخَرِ بِالسُّدُسِ؛ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُذَلِّي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ وَصَاقَ الثُّلُثُ عَنْ حَقَّيْهِمَا فَيَقْتَسِمَانِهِ عَلَى

غَايَةِ الْبَيَانِ

الِاسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ التَّسَاوِيَّ فِي نَفْسِ الِاسْتِحْقَاقِ، لِأَنَّ ثُبُوتَ الْحُكْمِ بِقَدْرِ ثُبُوتِ الْعِلَّةِ، فَيَكُونُ ثُلُثُ لِمَالٍ بَيْنَهُمَا نَصِيفَيْنِ، لِأَنَّهُ هُوَ مَحَلُّ الْوَصِيَّةِ، وَهُوَ قَابِلٌ لِلشَّرِكَةِ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ أُوصِيَ لِأَحَدِهِمَا بِالثُّلُثِ وَالْآخَرِ بِالسُّدُسِ؛ فَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا)، وَهَذَا لَفْظُ الْفُذُولِيِّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّ ثُلُثَ الْمَالِ يَصِيقُ عَنْ حَقِّ الْمُوصَى لِهَمَا، لِأَنَّ حَقَّهُمَا يَرِيدُ عَلَى الثُّلُثِ (٥٠٤ ر)، بِسُّدُسٍ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُذَلِّي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ، فَيَقْتَسِمَانِ عَلَى قَدْرِ حَقَّهُمَا، فَيَكُونُ لِصَاحِبِ السُّدُسِ سَهْمٌ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ.

وَالْأَصْلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّ مَنْ يُذَلِّي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ يَضْرِبُ بِجَمِيعِ حَقِّهِ، كَأَصْحَابِ الْقَوْلِ، وَالْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ فَمَا دُونَهُ، وَغُرْمَاءُ الْمَيِّتِ إِذَا صَافَتْ التَّرِكَةُ عَنْ دُيُونِهِ، وَكُلُّ مَنْ لَا يُذَلِّي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ؛ فَإِنَّهُ يَضْرِبُ بِقَدْرِ مَا يُصِيبُهُ حَالَةَ الْمُرَاحَمَةِ، كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الدَّعْوَى إِذَا دَعَى اثْنَيْنِ دَارًا فِي يَدِ آخَرَ، أَحَدُهُمَا جَمِيعُهَا، وَالْآخَرُ نِصْفُهَا، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ؛ فَلِصَاحِبِ الْجَمِيعِ ثَلَاثَةُ رُبَاعِهَا، وَلِصَاحِبِ النِّصْفِ رُبُعُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما الله: الدَّارُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثٌ، وَكَذَلِكَ فِي الْمُوصَى لَهُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ لَا يَضْرِبُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله بِجَمِيعِ حَقِّهِ^(٢).

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ: يَضْرِبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِجَمِيعِ حَقِّهِ كَأَصْحَابِ الْقَوْلِ.

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «المبسوط» [٩٧، ٢٨]، «نحة الفقهاء» [١٩٣، ٣]، «تكملة البحر الرائق» [٤٦٤، ٨].
لحاشية ابن عابدين [٦٢٧/٥]، «اللسان الحكام» [ص ٤١٧]

فَذَرِ حَقَبَهُمَا كَمَا فِي أَصْحَابِ الدُّيُونِ فَيَجْعَلُ الْأَقْلَّ سَهْمًا وَالْأَكْثَرَ سَهْمَيْنِ فَصَارَ ثَلَاثَةً أَنَّهُمْ: سَهْمٌ [٢٨٧/١] لِصَاحِبِ الْأَقْلِّ وَسَهْمَانِ لِصَاحِبِ الْأَكْثَرِ.

غاية البيان

والفرق بين السبب الصحيح وغير الصحيح على قول أبي حنيفة رحمته: أن كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر إليه، فهو سبب صحيح، وما لا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه ليس بسبب صحيح، ألا ترى أن الدعوى لا يتعلق بها الاستحقاق إلا بانضمام معنى آخر إليها، إما إقرار، أو بينة، أو حكم حاكم.

فإذا كان كذلك انقسمت الدار عند المصارعة على الدعوى، فقال أبو حنيفة رحمته: لا [٢٧٣/٨] دعوى لمُدَّعي النصف في النصف الآخر، فسلم ذلك لمُدَّعي الجميع، وفي النصف الآخر استوى دعواهما فكان بينهما، وكان لمُدَّعي الجميع ثلاثة الأرباع، ولمُدَّعي النصف الربع.

وعندهما: يضرب كل واحد بجميع دعواه؛ لأن الأسباب كلها سواء، فيأخذ مُدَّعي الجميع اثنين، ومُدَّعي النصف سهمًا، فكان أثلاثًا.

وجه قول أبي حنيفة رحمته: أن السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه أضعف من السبب الذي يتعلق به الاستحقاق بنفسه؛ بدليل أن الهبة والوصية الثنتين لا يتعلق الاستحقاق بعقدتهما أضعف من البيع الذي يتعلق الاستحقاق بعقده، فلو سَوَّيْنَا بينهما في المضاربة؛ لسَوَّيْنَا بين السبب الضعيف والقوي، وهذا لا يصح.

وجه قولهما: أن كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع ما يدَّعيه، فإذا تراخا صرَبَ بما يدَّعيه كأصحاب العول، وقد مرَّ بيان هذا في كتاب الدعوى فَبَيَّلَ فَضْلَ التَّنَازُعِ بِالْأَيْدِي.

وَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ، وَلَا خَرَ يَثْلُثُ مَالِهِ، وَلَمْ يُجِزِ الْوَرَثَةَ؛
فَالثُلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ عِنْدَهُمَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، وَلَا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ لِلْمَوْصِي
لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلَّا فِي الْمُحَابَاةِ، وَالسَّعَايَةِ، وَالذَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ.

﴿غاية البیان﴾

قَوْلُهُ: (وَإِنْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ، وَلَا خَرَ يَثْلُثُ مَالِهِ، وَلَمْ يُجِزِ
الْوَرَثَةَ؛ فَالثُلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ عِنْدَهُمَا

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ: الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا يَضْفَانِ، وَلَا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ لِلْمَوْصِي
لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِلَّا فِي الْمُحَابَاةِ، وَالسَّعَايَةِ، وَالذَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ^(١)، وَهَذَا
لِقَطِ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

وَأَمَّا قِيْدُ بَعْدَ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَجَازَ الْوَرَثَةَ، يَكُونُ لِصَاحِبِ الْجَمِيعِ
خَمْسَةً، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمٌ وَاحِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ، وَفِي قَوْلِ أَبِي يُونُسَ
وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ: لِصَاحِبِ الْجَمِيعِ ثَلَاثَةٌ أَرْبَاعِهِ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ [٥١٠/٣] رُبْعُهُ.

وَالْأَصْلُ فِي جَنْسِ هَذِهِ الْمَسَائِلِ. أَنَّ الْقِسْمَةَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: عِنْدَ اجْتِمَاعِ
الْوَصَايَا فِي الْعَيْنِ بِطَرِيقِ الْمُنَازَعَةِ.

وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ: بِطَرِيقِ الْقَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ.

وَأَصْلُ آخَرُ: أَنَّ الْمَوْصِي لَهُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ لَا يَضْرِبُ فِي الثُّلُثِ بِأَكْثَرِ مِنَ
الثُّلُثِ عِنْدَ عَدَمِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ. وَقَالَا: يَضْرِبُ.

(١) الصحيح قول أبي حنيفة، واعتمده الإمام الرملي، والسي، وغيرهما بنظر «المسرح»

[١٤٩/٢٧]، «الاحتيار» [٧٤/٥]، «تكملة فتح القدير» [٤٤٠/١٠]، «الصحيح والرجح»

[ص/٤٦٦]، «مجمع الأنهر» [٦٩٧/٢]، «رد المحتار» [٦٦٧/٦]، «اللباب في شرح الكتاب»

[١٧٤/٤]

(٢) بنظر: المصدر السابق.

عليه السلام

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا: أَنَّ فِي الْأَصْلِ الْأَوَّلِ: أَنَّ سِهَامَ الْوَصِيَّةِ تُشْبِهُ سِهَامَ الْوَرِثَةِ، ثُمَّ الْقِسْمَةُ بَيْنَ الْوَرِثَةِ عِنْدَ التَّرَاحُمِ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ، فَكَذَا هُمَا.

وَوَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: أَنَّ حَقَّ أَحَدِهِمَا فِي كُلِّ الْعَيْنِ، وَحَقُّ الْآخَرِ فِي بَعْضِ الْعَيْنِ، وَصَاحِبُ الْبَعْضِ لَا يَصْلُحُ مُزَاحِمًا لِمُصَاحِبِ الْكُلِّ فِيمَا وَرَاءَ الْبَعْضِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ، وَلَا يُشْبِهُ هَذَا سِهَامَ الْوَرِثَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الْعَيْنِ حَقٌّ خِلَافَةٌ، ثُمَّ يَسْتَحِقُّونَ التَّرِكَةَ بِنَاءً عَلَى حَقِّ الْخِلَافَةِ، فَلَا يَقَعُ التَّعَارُضُ فِيمَا لَهُمْ، أَمَّا هَذَا الْحَقُّ فَقَدْ ثَبَتَ فِي الْعَيْنِ ابْتِدَاءً بِإِجَابِ الْمُوصِي، فَيَقَعُ التَّرَاحُمُ فِي الْمَحَلِّ ابْتِدَاءً، فَجَازَ [٢/٢٧٣/٨] أَنْ يُعْتَبَرُ فِيهِ حُكْمُ الْمُسَالَمَةِ وَالْمُزَارَعَةِ.

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا فِي الْأَصْلِ الثَّانِي: أَنَّ الْوَصِيَّةَ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، وَالْوَارِثُ يَضْرِبُ كُلَّ حَقٍّ فِي التَّرِكَةِ، فَكَذَا هَذَا.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: أَنَّ الْمُوصِي لَهُ يَضْرِبُ بِمَا يَسْتَحِقُّهُ، وَهُوَ لَا يَسْتَحِقُّ مَا وَرَاءَ الثُّلُثِ إِلَّا بِإِجَازَةِ الْوَرِثَةِ، وَلَمْ تَوْجِدِ الْإِجَازَةَ.

ثُمَّ نَقُولُ: اجْتَمَعَتْ وَصِيَّتَانِ فِي الْمَالِ، إِحْدَاهُمَا بِالْجَمِيعِ، وَالْأُخْرَى بِالثُّلُثِ، وَلَا يَدَّعِي صَاحِبُ الثُّلُثِ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ، فَسَلِمَ مَا زَادَ عَلَيْهِ لِصَاحِبِ الْجَمِيعِ، وَاسْتَوَتْ مُزَازَعَتُهُمَا فِي الثُّلُثِ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، فَيَصِيرُ الْمَالُ عَلَى سِتَّةِ أَسْهُمٍ، خَمْسَةٌ لِصَاحِبِ الْجَمِيعِ، وَسَهْمٌ لِصَاحِبِ الثُّلُثِ، فَإِنْ لَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ، فَالْثُّلُثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْجَمِيعِ لَا يَضْرِبُ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ عِنْدَهُ إِلَّا فِي مَوَاضِعَ ثَلَاثَةٍ: فِي الْوَصِيَّةِ بِالْمُعَاحَبَةِ، وَالْوَصِيَّةِ بِالْعَتَقِ، وَالْأَلْفِ الْمُرْسَلَةِ، وَسَيَجِيءُ بَيَانُ الثَّلَاثَةِ بَعْدَ هَذَا.

فَأَمَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي يُونُسَ وَمُحَمَّدٍ عليهما السلام: فَالْقِسْمَةُ بِطَرِيقِ الْعَوْلِ وَالْمُضَارَبَةِ،

بضرب صاحب الجميع بالجميع، والآخر بالثلث، فاخلع الثلث سهمًا، والجميع ثلاثة، فيقسم المال بينهما أربعًا عند الإحارة وعدمها جميعًا، لأن المذهب عندهما أن الموصى له ما أكثر من الثلث يضرب به في الثلث

وهذا الخلاف في حقوقي احتجفت في المال فوق الثلث، أما إذا احتجبت في الثلث، فإنه ينقسم الثلث بينهم بطريق العول بالإجماع لنسبه مخفوف بورثة، لأنه لا ينفك على إجازة أحد.

قال في «المختار»: «قال الحسن بن رباح ما قاله أبو يوسف فتح، لأن يصبب الموصى له بالثلث عند الإحارة بثل ما يصببه عند عدم الإحارة، فإنه نصه عند عدم الإحارة بضعف الثلث، والآن كذلك، بل بحث أن ينقسم الثلث أولاً، وهو أربعة من التي عشر بينهم بضعف، لأن الإحارة في قدر الثلث ماضية بمنزلة بقي ثمانية ١٠، ٢، ٣، ٤، ٥، ٦، ٧، ٨، ٩، ١٠، وهو الثلثان، فصاحب الجميع يدعي ثلثه، وصاحب الثلث لا يدعي من ذلك إلا سهمين، فإنه يقول: حق في الثلث، وذلك أربعة، وقد وصل إلي سهمان، بقي حق في سهمين، فلا مبارعة في ما وراء السهمين، وذلك ستة، فيعطي الموصى له بالجميع ستة أنهم بلا مبارعة.

بقي سهمان قد استوفيتا مبارعتهما معهما، فيقسمان نص كل واحد منهما سهم، فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أنهم من اثني عشر سهمًا، وذلك ربع الكل، فأعادت الإحارة في حق صاحب الثلث» (١).

وقال في «شرح الطحاوي»: «والأصل عدد ١٢، أي خمسة أجزاء أن الموصى له ما أكثر من الثلث لا يضرب ما أكثر من الثلث، إلا في ثلاثة مواضع في

(١) ينظر «مجلد التروية» لأبي ثعلب [١٩٧٦، ٤]

عَلَيْهِ السَّلَامُ

الْوَصِيَّةُ بِالْعَتَقِ ، وَفِي الْمُحَابَاةِ ، وَفِي الدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ .
وَإِذَا كَانَتْ الْوَصِيَّةُ أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ ، أَوْ الرَّبْعِ ، أَوْ الثُّدُسِ وَنَحْوِهِ ؛ فَلَا يَضْرِبُ
بِخَبَرِ وَصِيَّتِهِ عَدَا أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ .

وَعِنْدَهُمَا : يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ فِي الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا
وَتَقْسِيرُ الْوَصِيَّةِ بِالْعَتَقِ : وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى بَعَثَ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ، وَقِيَمَةُ
أَحَدِهِمَا أَلْفٌ ، وَقِيَمَةُ الْآخَرِ أَلْفَانِ ، وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُ هَذَيْنِ الْعَبْدَيْنِ ؛ فَإِنْ أَحَارَتْ
الْوَرِثَةُ فَلَهُمَا يَتَعَقَّانِ مَعًا ، وَإِنْ لَمْ يُجْبِرُوا فَهُمَا يَفْتَقِرُ مِنْ أَثْنَتَ ، وَثُلُثُ مَالِهِ أَلْفٌ ،
وَالثُّنْتُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ وَصِيَّتِهِمَا ، ثُلَاثَا أَلْفٍ لِلَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفَانِ ، وَيَسْتَقَى فِي
الْبَاقِي ، وَثُلَاثُهَا لِلَّذِي قِيَمَتُهُ أَلْفٌ ، وَيَسْتَقَى فِي الْبَاقِي .

وَكَذَلِكَ فِي الْمُحَابَاةِ إِذَا كَانَ لَهُ عَبْدَانِ ، قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا أَلْفٌ وَمِئَةٌ ، وَقِيَمَةُ
الْآخَرِ سِتُّ مِئَةٍ ، فَأَوْصَى بِأَنْ يُبَاعَ أَحَدُهُمَا مِنْ فُلَانٍ بِمِئَةٍ ، وَالْآخَرُ بِمِئَةٍ مِنْ فُلَانٍ
الْآخَرِ ، فَهَاهُنَا حَصَلَتِ الْمُحَابَاةُ لِأَحَدِهِمَا بِأَلْفٍ ، وَلِلْآخَرِ بِخُمْسِ مِئَةٍ ، وَدَلَّكَ كُلُّهُ
فِي حَالَةِ الْمَرَضِ ، فَإِنْ خَرَجَ ذَلِكَ مِنَ الثُّلُثِ جَارٍ .

وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ ، وَلَا أَجَارَتْ الْوَرِثَةُ ؛ جَارَتْ مُحَابَاتُهُمَا بِقَدَرِ الثُّلُثِ ،
وَذَلِكَ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرِ وَصِيَّتِهِمَا ، يَضْرِبُ أَحَدُهُمَا فِيهِ بِأَلْفٍ ، وَالْآخَرُ بِخُمْسِ
مِئَةٍ .

وَكَذَلِكَ فِي الدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ، وَلِلْآخَرِ
بِأَلْفَيْنِ ، وَثُلُثُ مَالِهِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ ؛ فَإِنَّ الثُّلُثَ يَكُونُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا
يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ ، وَإِنَّمَا يَضْرِبُ الْمُوصِي لَهُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ الثَّلَاثِ بِجَمِيعِ
وَصِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي مَخْرَجِهَا صَحِيحَةٌ ؛ لِجَوَارِ أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ آخَرٌ ، فَيَخْرُجُ

تأدية الوصية

هذا القدر من الثلث، ولا كذلك فيما إذا أوصى له بنصف ماله، وللاحر بثُلث ماله، أو بجميع ماله؛ لأنَّ اللفظ في محرجه لا يصح؛ لأنَّ ملكه وماله لو كثر، أو خرج له مال آخر؛ يَدْخُلُ فيه تلك الوصية، فلا يخرج من الثلث^(١).

وقال الفقيه أبو الليث رحمته في كتاب «نكت الوصايا»: «رَجُلٌ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِنُصْفِ مَالِهِ، وَلَا حَرَ بَثْلُثِ مَالِهِ، بِهَذَا عَلَى وَجْهَيْنِ، إمَّا أَنْ يُجِيزَ وَرَثَتُهُ، أَوْ لَمْ تُجِزُوا [٥١٢]، فَإِنْ أَجَازُوا، فَلصاحب النصف يضاف المال، وللاحر الثلث، وبقي للورثة سدس المال».

وَأَمَّا إِذَا لَمْ يُجِزُوا؛ فَإِنْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته [٢٧٤/٨]؛ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا بَصْفَانِ، وَفِي قَوْلِ أَبِي يُونُسَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما؛ صَاحِبُ النُّصْفِ يَضْرِبُ بِالنُّصْفِ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ يَضْرِبُ بِالثُّلُثِ، فَلْيَنْصَفْ وَالثُّلُثُ يَخْرُجُ مِنْ سِتَّةِ النُّصُفِ ثَلَاثَةً، وَالثُّلُثُ سَهْمَانِ، فَذَلِكَ حَمْسَةُ أَشْهُمٍ، يُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى حَمْسَةِ أَشْهُمٍ، وَهُوَ قَوْلُ إِبْرَاهِيمَ وَشُعْبَةَ رحمتهما.

وَأَمَّا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته؛ أَنَّ الثُّلُثَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ لَصَاحِبِ النُّصْفِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمَا مَلَكَ، وَبِمَا لَا يَمْلِكُ، فَوَصِيَّتُهُ بِمَا يَمْلِكُ جَائِزٌ، وَبِمَا لَا يَمْلِكُ بَاطِلٌ، فَصَارَ كَرَجُلٍ أَرْضَى بِرَجُلٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، وَلَا خَرَ بِأَلْفِي دِرْهَمٍ مِنْ مَالِهِ، وَأَلْفٌ مِنْ مَالٍ حَارِهِ، وَالثُّلُثُ مَالُهُ أَلْفٌ دِرْهَمٌ؛ حَقَلَ الْأَلْفُ سَنَهُمَا فِي قَوْلِهِمْ^(٢) جَمِيعًا؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ بِأَلْفٍ مِنْ مَالٍ جَارِهِ بَاطِلَةٌ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَصِيَّتُهُ بِأَكْثَرِ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ بَاطِلَةٌ، فَصَارَ كَأَنَّهُ أَوْصَى لِهَذَا بِالثُّلُثِ، وَلِهَذَا بِالثُّلُثِ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الصحاوي» للأشيجابي [٣١١/٩].

(٢) وقع في الأصل: «أحقوقهم»، وأثبت من «ن»، و«فا»، و«ع»، و«م»، و«ر».

شابه البياض

وأما أبو يوسف ومحمد عليهما السلام يقولان: إن في ريادة مَعْنِيَيْنِ معنى الاستحقاق على الورثة بأكثر من الثلث، ومعنى التفضيل لأحدهما على الآخر، فبطل معنى الاستحقاق، وبقي معنى التفضيل، وتفضيله لبعض أهل الوصايا [على البعض] ^(١) حائز.

ألا ترى أنه لو أوصى لأحدهما بالثلث، والآخر بالربيع، فالثلث لا يتسع لهما جميعاً، فيضرب كل واحد منهما في الثلث بمقدار وصيته، فكذلك هاهنا.

والجواب لأبي حنيفة عليه السلام: أنه يجوز التفضيل إذا صح ذكر الريادة، فلما لم يصح ذكر الريادة على الثلث؛ لا يصح التفضيل.

فإن قيل: لو أوصى لرجل بالالف درهم، والآخر بالالفين، وثلث ماله ألف درهم، قسم الألف بينهما أثلاثاً في قولهم جميعاً.

فيل له: هذا لا يشبه ذكر الألف والألفين؛ لأن ذكر الألف والألفين لم يكن فاسداً؛ لأنه يجوز أن يكتسب المال قبل موته حتى يحصل لأحدهما ألف، وللآخر ألفين، فلما لم يكن مخرج الكلام فاسداً؛ قسم على مقدار وصيتهما.

وأما هاهنا: فتسمية ^(٢) ما زاد على الثلث باطلاً؛ لأنه لا يملك ^(٣) أكثر من ثلث ماله، وإذا لم يُجزِ الورثة، فكأنه لم يوص بأكثر من الثلث.

فإن قيل: إذا أوصى بعند قيمته أكثر من الثلث، فلم لا يضرب بذلك كله، ومخرج كلامه لم يكن فاسداً؛ لأنه يحتمل أن يكتسب المال حتى يخرج العبد

(١) ما بين المعقوفتين: ريادة من «ان»، و«اع»، و«ام»، و«ار».

(٢) في الأصل: «تسمية»، والمثبت من «ان»، و«اع»، و«ام»، و«ار».

(٣) في الأصل: «يملك»، والمثبت من: «ان»، و«اع»، و«ام»، و«ار».

﴿عاشية لسان﴾

من الثلث.

قيل له: مخرج كلامه لم يكن فاسداً [٢٧٥ و ٢٧٦]، إلا أنه لما مات فقد استحق عليه الورثة فيما راد على الثلث؛ لأن حقهم قد رجع في تلك العين، وفي ذكر الألف والألفين لم يؤخذ الاستخفاف.

وقال في «مكتب الوصايا» أيضاً: «رحل أوصى لرحل بنصف ماله، والآخر بثب ماله، وللآخر برُبعة، فهذا نص على وجهي. ثم أن يحزر الورثة، أو لم يجبروا، فإن أجازت الورثة؛ قسّم المال بينهم، فصاحب النصف يضرب بالنصف، والآخر بالثلث، والآخر بالرُبعة، فيحتاج إلى حساب له نصف وثلث ورُبعة، وذلك يخرج من شيء عشر، فصاحب النصف ٥، صاحب النصف بالبنصف، وذلك ستة، وصاحب الثلث يضرب بالثلث، وذلك أربعة، وصاحب الرُبعة يضرب بالرُبعة، وذلك ثلاثة، فيكون ثلاثة عشر سهمًا، فيقسم المال بينهم على ثلاثة عشر سهمًا.

وإن لم يحزر الورثة قسّم المال [بينهم] ^(١) على ثلاثة عشر سهمًا، وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما، وهو قول إبراهيم النخعي رحمه.

وأما في قول أبي حنيفة رحمته: فإن لم يحزر الورثة؛ قسّم الثلث بينهم، فصاحب النصف يضرب بالثلث، ولا يضرب بأكثر من ذلك، وصاحب ثبب يضرب بالثلث، وصاحب الرُبعة يضرب بالرُبعة، فيقسم الثلث على أحد عشر سهمًا.

وإن أجازت الورثة لم يذكر حوايه في كتاب الوصايا، ولكن ذكر في كتاب «العين والدين» ^(٢) مسألة أخرج هذه المسألة على قياس تلك لمسألة على اختلاف

(١) في الأصل «قسم»، والمثبت من «ن»، و«٢٧٥»، و«٢٧٦»، و«٢٧٧».

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، و«٢٧٥»، و«٢٧٦»، و«٢٧٧».

(٣) ذكر لسرحي أن كتاب «العين والدين» والذي سمي في الأصل «بكتاب الوصايا في العين» =

الرويتين، وروى عنه أبو يوسف بخلاف ما روى عنه محمد بن الحسن عليه السلام.

فَأَمَّا الَّذِي رَوَى عَنْهُ أَبُو يُونُسَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: صَاحِبُ النَّصْفِ يَأْخُذُ السُّدُسَ بِلا مُرَاعَةٍ، وَالسُّدُسُ بَيْنَ صَاحِبِ النَّصْفِ وَصَاحِبِ ثُلُثٍ نِصْفَانِ، فَجَعَلَ الْحِسَابُ بَيْنَ ثَنِي عَشَرَ، فَصَاحِبُ الثُّلُثِ لَا دَعْوَى لَهُ فِي أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُمٍ، وَصَاحِبُ النِّصْفِ يَدْعِي النِّصْفَ، وَدَلِيلُ سِتَّةٍ، فَقَدْ فَضَّلَ عَلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ سَهْمَانِ، فَادْفَعِ سَهْمَيْنِ لَصَاحِبِ النِّصْفِ بِلا مُرَاعَةٍ، فَتَبْقَى هَكَذَا عَشْرَةُ أَشْهُمٍ.

فصاحبُ الرُّبْعِ لَا يَدَّعِي أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةٍ، وصاحبُ ثُلُثٍ يَدَّعِي ثُلُثًا، وهو أربعة، وصاحبُ النِّصْفِ أيضًا بَقِيَ مِنْ دَعْوَاهُ الثُّلُثُ، وهو أربعة، فَقَدْ فَضَّلَ كُرَّ وَحِدٍ مِمَّا عَلَى صَاحِبِ الرُّبْعِ بِسَهْمٍ، فَيُعْطَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِمَّا سَهْمٌ، لِأَنَّ الْمَالَ مُتَّعٍ.

فَقِيَ هُنَاكَ ثَمَانِيَةَ أَشْهُمٍ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا لَا يَتَقَيَّمُ، فَاضْرِبْ ثَلَاثَةَ فِي اثْنَيْ عَشْرَةَ، تَصِيرُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ، فَلْيُذْشُ لَصَاحِبِ النِّصْفِ بِلَا مُزَاوَعَةٍ، وَذَلِكَ سِتَّةٌ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ ١٢ | ٢٧٥/٨، وَصَاحِبُ النِّصْفِ قَدْ كَانَ فَضَلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِ الرَّبْعِ بِسِتِّهِمْ، وَقَدْ صَارَ السَّهْمُ مَضْرُوبًا فِي ثَلَاثَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةٌ، وَقَدْ كَانَ بَقِيَ هُنَاكَ ثَمَانِيَةَ مَضْرُوبٍ فِي ثَلَاثَةٍ، فَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا يَكُلُّ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ثَمَانِيَةَ، فَحَصَلَ لَصَاحِبِ النِّصْفِ سَبْعَةٌ عَشْرَ، وَلَصَاحِبِ الثُّلُثِ أَحَدُ عَشَرَ، وَلَصَاحِبِ الرَّبْعِ ثَمَانِيَةَ.

وَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي حَتِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي تَخْرِيجِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ صَاحِبَ

«دبير» وكتاب «حساب اوصاي» أعده الإمام محمد بالاستفادة من كتب الحسن بن زياد، فقد كان الحسن مقدماً في علم الحساب، ومسائل هذين الكتابين متبة على العلم بالحساب. ينظر «المسودة» للسرخسي [٢٨ - ١١٠]، مقدمه كتاب «الأصل» لمحمد بن الحسن [ص ٦٢] بلذكور محمد بن يونس كالي، طبعة وزارة الأوقاف القطرية

﴿ هاية البيان ﴾

النَّصْفِ يَأْخُذُ السُّدُسَ بِلا مُنَازَعَةٍ، وَهُوَ سَهْمَانِ مِنَ اثْنَيْ عَشَرَ، كَمَا رَوَى أَبُو يُوْسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فَبَقِيَ مِنْ دَعْوَى صَاحِبِ النِّصْفِ الثُّلُثُ، وَدَعْوَى صَاحِبِ الثُّلُثِ الثُّلُثُ، وَدَعْوَى صَاحِبِ الرُّبْعِ الرُّبْعُ، فَقَدْ اجْتَمَعَتْ دَعَاوِيهِمْ فِي الثُّلُثِ وَالرُّبْعِ.

فصاحب النصف يصيرُ بالثلث، وذلك أربعة، وصاحب الثلث بأربعة، وصاحب الربع بثلاثة. فذلك أحد عشر، وقد بقي من المال عشرة، وعشرة على أحد عشر لا تستقيم، فاضرب أحد عشر في اثني عشر، فصار مئة واثنين وثلاثين، وقد كنّا أعطينا صاحب النصف سهمين مضروب في أحد عشر، فذلك اثنان وعشرون، وبقي هناك مئة وعشرة يسهم على أحد عشر، [٥١٢/٣] لصاحب النصف أربعون، [ولصاحب الثلث أربعون] ^(١)، ولصاحب الربع ثلاثون. والباقي يُعلم في كتاب «نكت الوصايا».

وقال القدوري رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في كتاب «التقريب»: «قال أبو حنيفة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا أوصى لرجل بنصف ماله، ولآخر بثلثه، ولآخر بجميعه، فأجر ذلك الوارث؛ فلصاحب الجميع خمسة وعشرون سهمًا من ستة وثلاثين سهمًا من جميع المال، وذلك ثلث المال، وسُدُسُ سُدُسِهِ، ولصاحب النصف سبعة أسهم، وذلك سُدُسُ المال، وسُدُسُ سُدُسِهِ، ولصاحب الثلث ثلث سُدُسِ المال، وهو أربعة أسهم، وذلك لأنك تحتاج إلى مالٍ له سُدُسٌ، ولسُدُسِهِ نصف، وله ثلث، وثلثه ثلث، فاضرب اثني عشر في ثلاثة يَكُونُ ستة وثلاثين، فيسَلِّمُ لصاحب الجميع نصف المال بلا مُنَازَعَةٍ، وذلك ثمانية عشر سهمًا، وبقي ثمانية عشر سهمًا، وستة أسهم لا مُنَازَعَةٍ فيها لصاحب الثلث، فيَكُونُ بين صاحب الجميع وصاحب النصف، وبقي ثلث المال اثني عشر بينهم أثلثًا لتساويهم فيها

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «٥١»، و«٥٢»، و«٥٣»، و«٥٤»، و«٥٥».

شرح الطحاوي

وَأَمَّا عَلَى قَوْلِهِمَا: فَصَاحِبُ الْجَمِيعِ يَضْرِبُ جَمِيعَ الْمَالِ [٨/٢٧٦ م] سِتَّةً، وَصَاحِبُ النِّصْفِ بِثَلَاثَةٍ، وَصَاحِبُ الثُّلُثِ بِسَهْمَيْنِ؛ فَذَلِكَ أَحَدَ عَشَرَ سَهْمًا.

وَقَالَ فِي «شرح الطحاوي» رحمته: «وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِرُبْعِ مَالِهِ، وَلَا آخَرَ بِنِصْفِ مَالِهِ، فَإِنْ أَحَازَتِ الْوَرَثَةُ فَنِصْفُ الْمَالِ يَكُونُ لِلَّذِي أَوْصَى لَهُ بِالنِّصْفِ، وَالرُّبْعُ لِلَّذِي أَوْصَى لَهُ بِالرُّبْعِ، وَنَهَى الرُّبْعُ يَكُونُ بَيْنَ الْوَرَثَةِ عَلَى هَرَاتِصِ اللَّهِ تَعَالَى. وَلَوْ لَمْ يُحِزِ الْوَرَثَةُ، فَإِنَّمَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ مِنَ الثُّلُثِ، وَيَكُونُ ثُلَاثَا الْمَالِ بَيْنَهُمَا عَلَى سَبْعَةِ أَشْهُمٍ، أَرْبَعَةٌ أَشْهُمٌ لِلْمُوصَى لَهُ بِالنِّصْفِ، وَثَلَاثَةٌ أَشْهُمٌ مِنْ ذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ بِالرُّبْعِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته.

وَعِنْدَ صَاحِبَيْهِ: يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُمٍ، سَهْمَانِ لِلْمُوصَى لَهُ بِالنِّصْفِ، وَسَهْمٌ لِلْمُوصَى لَهُ بِالرُّبْعِ، وَإِنَّمَا يُقَسَّمُ عَلَى سَبْعَةِ أَشْهُمٍ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَذْهَبِهِ: أَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالنِّصْفِ لَا يَضْرِبُ لَهُ إِلَّا بِالثُّلُثِ، وَالْمُوصَى لَهُ بِالرُّبْعِ يَضْرِبُ لَهُ بِالرُّبْعِ، فَاحْتَجْنَا إِلَى حِسَابٍ لَهُ ثُلُثٌ وَرُبْعٌ، وَذَلِكَ اثْنَا عَشَرَ، الثُّلُثُ مِنْ ذَلِكَ أَرْبَعَةٌ، وَالرُّبْعُ ثَلَاثَةٌ، فَتُجْعَلُ وَصِيَّتُهُمَا عَلَى سَبْعَةٍ، وَذَلِكَ ثُلُثُ الْمَالِ، وَثُلَاثَا ^(١) الْمَالِ أَرْبَعَةٌ عَشَرَ، وَجَمِيعُ الْمَالِ [أَحَدَ وَعَشْرُونَ] ^(٢)، فَيُجْعَلُ الْمَالُ أَحَدًا وَعَشْرِينَ، سَعَةً مِنْ ذَلِكَ لِلْمُوصَى لِهَمَا، فَأَرْبَعَةٌ لِلْمُوصَى لَهُ بِالنِّصْفِ، وَثَلَاثَةٌ لِلْمُوصَى لَهُ بِالرُّبْعِ.

وَعِنْدَهُمَا: يُقَسَّمُ الْمَالُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُمٍ؛ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ بِالنِّصْفِ يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ عِنْدَهُمَا، وَالْمُوصَى لَهُ بِالرُّبْعِ يَضْرِبُ بِالرُّبْعِ، وَالرُّبْعُ مِثْلُ نِصْفِ النِّصْفِ، فَيُجْعَلُ كُلُّ رُبْعٍ سَهْمًا، فَالنِّصْفُ يَكُونُ سَهْمَيْنِ، وَالرُّبْعُ سَهْمًا، فَيَكُونُ

(١) رفع في الأصل: «أو ثلثا»، والمشتق من: «ن»، و«٢»، و«ع»، و«م»، و«ل»، و«ر».

(٢) مابين المعقوفين: زيادة من «ن»، و«ع»، و«٢»، و«م»، و«ل»، و«ر».

لَهُمَا فِي الْخِلَافَةِ أَنَّ الْمُوصِي قَصَدَ شَيْئَيْنِ: الْإِسْتِحْقَاقَ وَالتَّفْصِيلَ^(١).

﴿عَبْدُ السَّامِ﴾

ثَلَاثَةً، فَيُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ، سَهْمَيْنِ لِلْمُوصِي لَهُ بِالنِّصْفِ، وَسَهْمٍ لِلْمُوصَى لَهُ بِالرُّبْعِ^(٢).

وهذه المسائل وإن لَمْ تُذَكَّرْ فِي «الهداية»، ذَكَرْتُهَا هُنَا تَشْجِيذًا وَتَكْثِيرًا لِلْفَوَائِدِ.

قَوْلُهُ: (وَلَا يَضْرِبُ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لِلْمُوصَى لَهُ بِمَا رَادَ عَلَى الثُّلُثِ)^(٣).

يُقَالُ: ضَرَبَ لَهُ فِي مَالِهِ سَهْمًا^(٤)، أَي: جَعَلَ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ مَعْنَى قَوْلِهِ فِي «المختصر»^(٥) عَلَى خَذْفِ الْمَفْعُولِ، أَي: لَا يَجْعَلُ لَهُ شَيْئًا فِيهِ، وَلَا يُعْطِيهِ كَذَا [٥١٢/٣] فِي «المغرب»، وَذَكَرَ فِيهِ أَيْضًا: «ضَرَبَ فِي الْجَزُورِ بِسَهْمٍ إِذَا شَرَكَ فِيهَا وَأَخَذَ مِنْهَا نَصيبًا، وَقَالَ الْعَقَّاهُ [٥٢٧/٨]: فَلَانُ يَضْرِبُ فِيهِ بِالثُّلُثِ، أَي: يَأْخُذُ مِنْهُ شَيْئًا بِحُكْمِ مَا لَهُ مِنَ الثُّلُثِ»^(٦).

قَوْلُهُ: (لَهُمَا فِي الْخِلَافَةِ)، أَي: فِي الْمَسْأَلَةِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْإِيصَاءِ لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ مَالِهِ، وَلَا آخَرَ بِالثُّلُثِ.

قَوْلُهُ: (أَنَّ الْمُوصِي قَصَدَ شَيْئَيْنِ: الْإِسْتِحْقَاقَ وَالتَّفْصِيلَ) ... إِلَى آخِرِهِ.

(١) زَادَ بَعْدَهُ فِي (ط) «وَمَنْعَ الْإِسْتِحْقَاقِ لِحَقِّ الْوَرِثَةِ وَلَا مَانِعٍ مِنَ التَّفْصِيلِ فَبُشِّرْ كَمَا فِي الْمَحَلِّ وَاحْتِجًا، وَلَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِغَيْرِ الْمَشْرُوعِ عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَارَةِ، إِذَا لَا مَعَادَ لَهَا بِحَالٍ فَبَطَلَ أَصْلُهَا وَالتَّفْصِيلُ».

(٢) يَنْظُرُ، «شرح مختصر الطحاوي» لِلأَسْبِجَائِي [٣١١/ق].

(٣) يَنْظُرُ: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦٠]، «مختصر اختلاف العلماء» [١٦/٥]، «مختلف الروب» [١٩٢٦/٤]، «المبسوط» [٩/٢٨، ١٣٣]، «لغة النافع» [١٤١٥/٣، ١٤١٦]، «تنبيه الحفاظ» [١٩٦/٦، ١٩٧]، «الفتاوى الهندية» [١٣٢/٦].

(٤) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ «بَيْنَهُمَا»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «ن»، وَ«٢٥»، وَ«٤»، وَ«م»، وَ«ر».

(٥) يَنْظُرُ: «مختصر القنطوري» [ص/٢٤٢].

(٦) يَنْظُرُ: «المعرب في ترتيب المعرب» لِلْمُطَرِّزِيِّ [٧/٢].

يُتُّ فِي ضَمَنِ الْإِسْتِحْقَاقِ قَبْلَ بِطُلَايِهِ كَالْمُحَابَاةِ الثَّابِتَةِ فِي ضَمَنِ الْبَيْعِ ،
بِخِلَافِ مَوَاضِعِ الْإِجْمَاعِ لِأَنَّ لَهَا نَقْضًا فِي الْجُمُعَةِ بِدُونِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ يَأْنُ كَانَ
فِي نَحْوِ سَعَةٍ فَتُعْتَبَرُ فِي التَّفَاضُلِ لِكَوْنِهِ مَشْرُوعًا فِي الْجُمُعَةِ ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ
فِيهِ .

﴿ غَايَةُ التَّجَرُّبِ ﴾

بَيَانُهُ: أَنَّ غَرَضَ الْمُوصِي مِنْ إِيصَائِهِ بِالْحَمِيعِ لَوَاحِدٍ ، وَبِالثُّلُثِ لِأَحَرِّ شَيْءٍ :
أَحْلُهُمَا: هُوَ الْإِسْتِحْقَاقُ عَلَى الْوَرَثَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ .

وَالْآخَرُ: تَفْضِيلُ بَعْضِ أَهْلِ الْوَصَايَا عَلَى الْبَعْضِ ، وَمَتَنُ الْإِسْتِحْقَاقِ لِمَا بَعْدَ :
وَمَا حَقَّ الْوَرَثَةِ ، وَلَا مَانِعٌ مِنَ التَّفْضِيلِ ، فَيُبْتِغَى التَّفْضِيلُ ، فَيَصْرِبُ صَاحِبُ الْأَكْثَرِ
فِي ثُلُثٍ بِقَدْرِ نَصِيهِ ، كَمَا فِي الصُّورِ الثَّلَاثِ مِنَ الْمُحَابَاةِ ، وَالسَّعَايَةِ ، وَالنِّدْرَاهِمِ
لِمُسْنَةِ ، أَيْ: الْمُطْلَقَةِ ؛ لِأَنَّ الْإِرْسَالَ وَالْإِطْلَاقَ وَاحِدٌ فِي اللَّغَةِ .

وَقَرَّرَ الْكَرْخِيُّ ١٤٤٤ فِي «مَخْتَصَرِهِ» ذَلِكَ بِقَوْلِهِ: «وَالْوَصَايَا الْمُرْسَنَةُ مَا كَانَ
وَصِيَّةً بَشِيًّا بِغَيْرِ عَيْنِهِ ، وَلَا يَكُونُ مَسْئُولًا إِلَى جِزَاءٍ مِنَ الْمَالِ ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: قَدْ
وَصَّيْتُ لَعَمْرِي بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ، وَلِرَبِّدٍ بَعْتُهُ دِيَارًا ، وَمَا كَانَ فِي مَعْنَى هَذَا: فَإِنَّ أَبَا
حَبِئَةَ ١٤٤٥ كَانَ يَضْرِبُ لِأَصْحَابِ هَذِهِ الْوَصَايَا فِي الثُّلُثِ بِحَمِيعِ مَا سَمَّى لِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، وَإِنْ جَاوَزَ قَدْرَ وَصِيَّةِ الثُّلُثِ»^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ ١٤٤٦ .

قَوْلُهُ: (وَلَهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِغَيْرِ الْمَشْرُوعِ عِنْدَ عَدَمِ الْإِجَازَةِ) ، يَعْني: أَنَّ
وَصِيَّةَ الْمُوصِي بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ ، وَصِيَّةٌ بِغَيْرِ الْمَشْرُوعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ ذَلِكَ إِذَا
تَجَرَّعَ الْوَرَثَةُ ، فَإِذَا لَمْ يَبْتُغِ الْإِسْتِحْقَاقُ فِي الزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ ؛ لَا يَبْتُغِ التَّفْضِيلُ
أَيْ: لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَى الْإِسْتِحْقَاقِ ثَابِتٍ فِي ضَمَنِهِ ، فَإِذَا انْتَقَى الْمُتَصَمِّرُ انْتَقَى مَا فِي
ضَمَنِهِ ، كَالْمُحَابَاةِ الثَّابِتَةِ فِي ضَمَنِ الْبَيْعِ ، إِذَا صَحَّ الْبَيْعُ صَحَّتْ . وَإِذَا تَطَلَّ بَطَلَتْ .

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِعَيْنٍ مِنْ تَرَكَّتْهِ وَقِيمَتُهُ تَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ فَإِنَّهُ
يَضْرِبُ بِالثُّلُثِ وَإِنْ احْتَمَلَ أَنْ يَزِيدَ الْمَالُ فَيُخْرَجُ مِنَ الثُّلُثِ، لِأَنَّ هُنَاكَ الْحَقُّ
تَعْلُقُ بِعَيْنِ التَّرَكَّةِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ وَاسْتَقَادَ مَالًا آخَرَ تَبَطَّلَ الْوَصِيَّةُ، وَفِي
الْأَمْرِ لِمُرْسَلَةٍ لَوْ هَلَكَتِ التَّرَكَّةُ تَنَقُّذُ فِيمَا يُسْتَقَادُ فَلَمْ يَكُنْ مُتَعَلِّقًا بِعَيْنٍ مَا تَعْلُقُ
بِهِ حَقُّ لُورَثَةٍ

بَابُ الْمَسَائِدِ

وَقَدْ [كُنَّا] ذَكَرْنَا [قَبْلَ هَذَا] ^(١) أَنَّ أَمَّا حَقِيقَةً قَالَ: كُلُّ مَنْ أَدْلَى بِسَبَبٍ
صَحِيحٍ، يَضْرِبُ بِحَمِيعِ ذَعْوَاهُ، وَمَنْ لَمْ يَذَلِّ بِسَبَبٍ صَحِيحٍ لَمْ يَضْرِبْ بِحَمِيعِهَا،
فَصَاحِبُ الْجَمِيعِ لَا يَذَلِّي بِسَبَبٍ صَحِيحٍ

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ وَصِيَّتَهُ أَبَدًا إِلَّا بِإِحَارَةٍ مِنْ جِهَةٍ غَيْرِ الْمُوصِي، فَصَارَ
كَالْوَصِيَّةِ بِثُلُثِ مَا لِعَيْرٍ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمُرْصَى لَهُ بِالثُّلُثِ؛ لِأَنَّ سَبَبَهُ عَلَى الْإِنْفِرَادِ
يَسْتَحِقُّ بِهِ مِنْ عَيْرٍ جَارَةً، وَلَا حُكْمَ فِي خَمِيعِ الْأَحْوَالِ، فَصَارَ كَأَصْحَابِ الْقَوْلِ
وَالدُّيُونِ ^(٢)، بِخِلَافِ مَوَاضِعِ الْإِجْمَاعِ مِنَ الْمُحَابَاةِ، وَالسَّعَايَةِ، وَالذَّرَاهِمِ
الْمُرْسَلَةِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ ثَمَّةً صَحِيحَةً فِي مَخْرَجِهَا؛ لِأَنَّ لَهَا نَقْدًا فِي الْجُمْلَةِ مِنْ غَيْرِ
إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّهُ يَحُوزُ أَنْ يَكْتَسِبَ مَالًا قَبْلَ الْمَوْتِ، فَتُخْرَجُ هَذِهِ الْوَصَايَا مِنَ
الثُّلُثِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى بِجَمِيعِ الْمَالِ لِوَاحِدٍ وَلَا آخَرَ بِالثُّلُثِ، لِأَنَّ مَالَهُ وَهُوَ
كَثْرٌ لَا يُخْرَجُ ذَلِكَ مِنَ الثُّلُثِ.

فَعِلْمٌ: أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَمْ تَصَحَّ فِي مَخْرَجِهَا.

وَلَا يُقَالُ: يَزِيدُ عَلَى مَا قُلْتُمْ فِي الْوَصِيَّةِ الْمُرْسَلَةِ: الْوَصِيَّةُ بِعَيْنٍ مِنَ التَّرَكَّةِ.
مِثْلُ عَبْدٍ أَوْ فَرَسٍ، أَوْ ثَوْبٍ مِثْلًا قِيمَتُهُ تَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ، حَيْثُ لَا يَضْرِبُ بِهِ
الْمُرْصَى لَهُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ، وَنَ كَانَ يَحْتَمِلُ ^(٣) ١٣٠١ أَنْ يُخْرَجَ مِنَ الثُّلُثِ أَبْصًا،

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْرِفَتَيْنِ زِيَادَةٌ ١٠١، ٢٢٦، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦، ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٧٢، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٧٧، ١٤٧٨، ١٤٧٩، ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢، ١٤٨٣، ١٤٨٤، ١٤٨٥، ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٨، ١٤٨٩، ١٤٩٠، ١٤٩١، ١٤٩٢، ١٤٩٣، ١٤٩٤، ١٤٩٥، ١٤٩٦، ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٤٩٩، ١٥٠٠، ١٥٠١، ١٥٠٢، ١٥٠٣، ١٥٠٤، ١٥٠٥، ١٥٠٦، ١٥٠٧، ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥١٠، ١٥١١، ١٥١٢، ١٥١٣، ١٥١٤، ١٥١٥، ١٥١٦، ١٥١٧، ١٥١٨، ١٥١٩، ١٥٢٠، ١٥٢١، ١٥٢٢، ١٥٢٣، ١٥٢٤، ١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٥٣١، ١٥٣٢، ١٥٣٣، ١٥٣٤، ١٥٣٥، ١٥٣٦، ١٥٣٧، ١٥٣٨، ١٥٣٩، ١٥٤٠، ١٥٤١، ١٥٤٢، ١٥٤٣، ١٥٤٤، ١٥٤٥، ١٥٤٦، ١٥٤٧، ١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠، ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٥٥، ١٥٥٦، ١٥٥٧، ١٥٥٨، ١٥٥٩، ١٥٦٠، ١٥٦١، ١٥٦٢، ١٥٦٣، ١٥٦٤، ١٥٦٥، ١٥٦٦، ١٥٦٧، ١٥٦٨، ١٥٦٩، ١٥٧٠، ١٥٧١، ١٥٧٢، ١٥٧٣، ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦، ١٥٧٧، ١٥٧٨، ١٥٧٩، ١٥٨٠، ١٥٨١، ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ١٥٨٧، ١٥٨٨، ١٥٨٩، ١٥٩٠، ١٥٩١، ١٥٩٢، ١٥٩٣، ١٥٩٤، ١٥٩٥، ١٥٩٦، ١٥٩٧، ١٥٩٨، ١٥٩٩، ١٦٠٠، ١٦٠١، ١٦٠٢، ١٦٠٣، ١٦٠٤، ١٦٠٥، ١٦٠٦، ١٦٠٧، ١٦٠٨، ١٦٠٩، ١٦١٠، ١٦١١، ١٦١٢، ١٦١٣، ١٦١٤، ١٦١٥، ١٦١٦، ١٦١٧، ١٦١٨، ١٦١٩، ١٦٢٠، ١٦٢١، ١٦٢٢، ١٦٢٣، ١٦٢٤، ١٦٢٥، ١٦٢٦، ١٦٢٧، ١٦٢٨، ١٦٢٩، ١٦٣٠، ١٦٣١، ١٦٣٢، ١٦٣٣، ١٦٣٤، ١٦٣٥، ١٦٣٦، ١٦٣٧، ١٦٣٨، ١٦٣٩، ١٦٤٠، ١٦٤١، ١٦٤٢، ١٦٤٣، ١٦٤٤، ١٦٤٥، ١٦٤٦، ١٦٤٧، ١٦٤٨، ١٦٤٩، ١٦٥٠، ١٦٥١، ١٦٥٢، ١٦٥٣، ١٦٥٤، ١٦٥٥، ١٦٥٦، ١٦٥٧، ١٦٥٨، ١٦٥٩،

تحاية السيار

يُوصِي له بمثل نصيب ابنته، أو بنصيب ابن^(١) كان له ابن، أو لم يكن، أو أوصى له بنصيب ابن لو كان، أو بمثل نصيب ابنته لو كانت، فلو أوصى له بنصيب ابنته، أو بنصيب ابنته وله ابن، أو ابنة؛ فإنه لا يصح الوصية؛ لأن نصيب ابنته، أو نصيب ابنته ثبت بنص الكتاب، فإذا أوصى لرجل بنصيب ابنته؛ فقد أراد تغيير ما فرض الله تعالى في كتابه، فلا يصح.

ولو أوصى بنصيب ابنته، أو بنصيب ابنته، وليس له ابن، ولا ابنة؛ فإن الوصية تجوز؛ لأنه ليس فيه تغيير ما فرض الله تعالى في كتابه، فلا حرم يصح. ولو أوصى بمثل نصيب ابنته، أو ابنته، وله ابن، أو ابنة؛ فإنه تخور الوصية؛ لأن مثل الشيء غيره لا عينه، فيقدر نصيب الابن، ثم يراد عليه مثله، ثم يُعطى للموصى له، وإن كان أكثر من الثلث يحتاج إلى إجازة الورثة، وإن كان ثلثاً، أو أقل منه؛ فإنه يجوز من غير إجازة، نحو^(٢) ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنته، وله ابن واحد، صار موصى له بنصف جميع المال؛ لأن مثل الابن كالابن.

ولو [٢٧٨/٨] كان له ابن كان المال بينهما نصفين، كذلك هاهنا يكون المال بينهما نصفين، ينصف للابن، وينصف للموصى له إن أحاز الابن، وإن لم يجر الابن، فللموصى له الثلث، وإن كان له ابن؛ فالمال يكون بينهما اثلاثاً، ولا يحتاج إلى الإجازة.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنته وله ابنة واحدة؛ يكون للموصى له نصف المال، لأن نصيب ابنته ينصف المال، فمثله يكون نصف المال أيضاً إن أجازت

(١) رست في الأصل بما يشبه «ابنه» وما أثبتته موافق نسخة قصر الله رقم [٨٠٣] من شرح مختصر لطحاوي للأسيدي [ق/٣١٠].

(٢) وقع في الأصل «ومحور»، والمثبت من «ن»، و«٢٧٨»، و«ع»، و«م»، و«ر».

وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ: وَلَوْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ؛ فَلَهُ أَخْسُ سَهَامِ الْوَرِثَةِ إِلَّا أَنْ يُقْصَرَ عَنِ السُّدُسِ، فَيَتِمُّ لَهُ السُّدُسُ، وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ، وَقَالَ: لَهُ مِثْلُ تَصِيبِ أَحَدِ الْوَرِثَةِ

غَايَةِ الْبَيَانِ

الْآبَتَةُ، وَإِنْ لَمْ تُجْزَ فَلَهُ الثُّلُثُ.

وَبُو كَانَتْ لَهُ ابْنَتَانِ - وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا - كَذَلِكَ لِلْمُوصِي لَهُ ثُلُثُ الْمَالِ؛ لِأَنَّ لَلْابْنَيْنِ ثُلُثَي الْمَالِ، لِكُلِّ وَاحِدَةٍ ثُلُثٌ، فَمِثْلُ تَصِيبِ أَحَدَاهُمَا يَكُونُ ثُلُثُهُ أَيْضًا، فَالْثُلُثُ يَكُونُ لِلْمُوصِي لَهُ.

وَبُو أَوْصَى بِتَصِيبِ سِ لَوْ كَانَ؛ فَالْحَوَاتُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِيمَا إِذَا أَوْصَى بِتَصِيبِ ابْنَةٍ يُعْطَى لَهُ نِصْفُ الْمَالِ إِنْ أَحَارَتْ لَوَرِثَةُ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ تَصِيبِ ابْنٍ مَعْدُومٍ؛ فَلَا بُدَّ أَنْ يُقَدَّرَ بِتَصِيبِ ذَلِكَ الْإِبْنِ حَتَّى يَكُونَ لَهُ مِثْلٌ، وَتَصِيبُ ذَلِكَ الْإِبْنِ سَهْمٌ وَمِثْلُهُ يَكُونُ سَهْمًا أَيْضًا، فَكَذَلِكَ أَوْصَى لَهُ بِسَهْمٍ مِنْ ثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ فِي الْحَاصِلِ^(١) كَذَلِكَ فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ».

قَوْلُهُ: (فَقَطَّرَ إِلَى الْحَالِ)، أَيُّ: نَظَرَ زُقْرًا إِلَى حَالِ الْوَصِيَّةِ، لَا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْمَالُ فِي حَالِ الْوَصِيَّةِ مَالُ الْمُوصِي، فَلَمْ يَكُنْ وَصِيَّةً بِمَالِ الْغَيْرِ. قَوْلُهُ: (وَحَوَاتُهُ مَا قُلْنَا)، أَشَارَ بِهِ إِلَى قَوْلِهِ: (لَأَنَّ تَصِيبَ الْإِبْنِ مَا يُصِيبُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ)، فَكَانَ وَصِيَّةً بِمَالِ الْغَيْرِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ) وَلَوْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ؛ فَلَهُ أَخْسُ سَهَامِ الْوَرِثَةِ إِلَّا أَنْ يُقْصَرَ عَنِ السُّدُسِ، فَيَتِمُّ لَهُ السُّدُسُ، وَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسيحاوي [ق/٣١٠].

(٢) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/٢٤٣].

وَلَا يُرَادُ عَلَى الثُّلُثِ إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ لِأَنَّ السَّهْمَ يُرَادُ بِهِ أَحَدَ سِهَامِ الْوَرَثَةِ عُرْفًا لَا سِيَّعًا فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْأَقْلُ مُتَيَقِّنٌ بِهِ فَيَصْرَفُ إِلَيْهِ، إِلَّا إِذَا رَادَ عَلَى الثُّلُثِ فَبَرَدَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ عِنْدَ عَدَمِ إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ.

غاية البيان

قَالَ فِي «شرح الأقطع»: «هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وزفر».

وعن أبي حنيفة رواية أخرى: أَنَّ لَهُ أَخْسَ سِهَامِ الْوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنَ الشُّدُسِ، فَيَكُونُ لَهُ الشُّدُسُ^(١).

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لَهُ أَقْلُ سِهَامِ الْوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلُثِ، فَيَكُونُ لَهُ الثُّلُثُ.

وقال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمهما الله: قَالَ: إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ مِنْهُمْ مِنْ مَالِهِ، ثُمَّ يَمُوتُ؛ فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدِ الْوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ أَكْثَرَ مِنَ الشُّدُسِ، فَيَكُونُ لَهُ الشُّدُسُ.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لَهُ مِثْلُ نَصِيبِ أَحَدٍ [٢٧٨/٨ م] الْوَرَثَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ إِلَّا الثُّلُثُ إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ الْوَرَثَةُ. إِلَى هُنَا لَفْظُ [٥١٢ ر] مُحَمَّدٍ رحمهما الله فِي أَصْلِ «الجامع الصغير»^(٢).

وقال القدوري رحمهما الله فِي كِتَابِ «التقريب»: «قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمهما الله: إِذَا أَوْصَى سَهْمٌ مِنْ مَالِهِ؛ فَإِنَّهُ يُرَادُ عَلَى سِهَامِ الْوَرَثَةِ أَخْسَ أَنْصِبَانِهِمْ، فَيُعْطَى الْمُوصَى لَهُ مَا لَمْ يُجَاوِزِ الشُّدُسَ، فَإِنْ حَاوَزَهُ لَمْ يَرِدْ عَلَيْهِ. هَذَا رَوَايَةُ «الأصل»، وَفِي «الجامع الصغير»: «مَا لَمْ يَقْضَ مِنَ الشُّدُسِ». إِلَى هُنَا لَفْظُ «التقريب».

وقال الشيخ أبو جعفر الطحاوي رحمهما الله فِي «مختصر»: «وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ

(١) بَطْنُ «شرح مختصر القدوري» لِلْأَقْطَعِ [٤٠٢/١].

(٢) بَطْنُ «الجامع الصغير» مَعَ النَّاصِعِ الْكَبِيرِ [٥٢١/١].

وَلَهُ أَنْ الشَّهْمَ هُوَ السُّدُسُ هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ، وَقَدْ رَفَعَهُ
إِلَى السَّيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ، فِيمَا يُرْوَى ، وَلِأَنَّهُ يُرَكَّرُ وَيُرَادُّ بِهِ السُّدُسُ ^(١) ، مِنْ سِيَّاهُمْ

بِسَيَّاهُمْ مِنْ مَالِهِ ؛ فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَانَ يَقُولُ : إِنْ كَانَتِ الْفَرِيضَةُ أَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُمٍ ،
كَانَ لَهُ [السُّدُسُ] ، وَإِنْ كَانَتِ الْفَرِيضَةُ أَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُمٍ ، كَانَ لَهُ [أَحْسَنُ سِيَّاهُمْ]
الْوَرَثَةِ .

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - مِنْ أَحْسَنِ سِيَّاهُمْ الْوَرَثَةُ فِي هَذِهِ ^(٢) الْوَحْوِ
كُلُّهَا مَا لَمْ يُحْدِثْ ذَلِكَ الثُّلُثُ . فَإِنَّهُ لَوْ حُدِثَ لَثَلُثَ حَارَ لَهُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَنَمْ يَحْزُلُ لَهُ
سِيَّاهُ .

قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - هُوَ كَمَا قَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - [إِلَى هَذَا لَعَطُ
الطَّحَاوِيِّ] ^(٣) .

وَقَالَ لِإِمَامِ الْأَسْبِجَانِيِّ فِي «شرح الطحاوي» - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - «وَبِأَوْضَحِ سِيَّاهُمْ مِنْ
مَالِهِ ؛ فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يُنْصَرُّ إِلَى سُدُسِ جَمِيعِ السَّيَّ ، وَالَّذِي أَحْسَنَ سِيَّاهُمْ لَوَرَثَةُ
أَيُّهُمَا كَانَ أَقَلَّ فَلَهُ ذَلِكَ .

وَبَيَانُ هَذَا إِذَا كَانَتِ الْفَرِيضَةُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، أَوْ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، فَالسُّدُسُ أَقَلُّ مِنْ
أَحْسَنِ سِيَّاهُمْ الْوَرَثَةِ ، فَيُعْطَى إِلَيْهِ ، وَبِأَنَّ كَاتِبَ فَرِيضَةٍ أَكْثَرَ مِنْ سِتَّةٍ ، فَلَا يُعْطَى لَهُ
السُّدُسُ ، وَإِنَّمَا يُعْطَى لَهُ أَحْسَنُ سِيَّاهُمْ الْوَرَثَةِ .

(١) رَأَيْتُهُ فِي (هـ) «وَلَوْ يَدَّ قَالَ: الشَّهْمُ فِي الْمَعْنَى بِحَذَرٍ غَيْرِ السُّدُسِ ، وَيَذَكِّرُ وَيُرَادُّ بِهِ سِيَّاهُمْ»

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَيْنِ رِيلَةٌ مِنْ «هـ» ، «ع» ، وَهُوَ الْمَوَاقِفُ مَا وَقَعَ فِي «مَحْصَرِ الطَّحَاوِيِّ»

(٣) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ «مَعْد» وَلَمْ يَكُنْ مِنْ «هـ» وَ«ع» وَ«أ» وَ«ي» وَ«ل» وَهُوَ حَقٌّ لَوْ
وَقَعَ فِي: «مَحْصَرِ الطَّحَاوِيِّ» .

(٤) يَطْرُقُ «مَحْصَرِ الطَّحَاوِيِّ» [ص/١٥٧] .

(٥) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَيْنِ رِيلَةٌ مِنْ: «هـ» ، «ع» ، وَ«أ» وَ«ي» وَ«ل» وَهُوَ حَقٌّ لَوْ

الْوَرَّةِ فَيُعْطَى الْأَقْلَ مِنْهَا قَالُوا: هَذَا كَانَ فِي عُرْفِهِمْ، وَفِي عُرْفِنَا السَّهْمُ كَالْجُزْءِ.

شرح البيهقي

وعند أبي يوسف ومحمد: يُعْطَى لَهُ أَحْسَنُ سِهَامِ الْوَرَّةِ فِي الْأَحْوَالِ كُلِّهَا إِلَّا إِذَا جَاوَزَ أَحْسَنُ الثُّلُثِ، فَحَيْثُ يُعْطَى لَهُ الثُّلُثُ لَا الْأَحْسَنُ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَكُونُ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ.

وكذلك هذا الاختلاف فيمن أقرَّ سَهْمَ مَنْ دَارِهِ لِفُلَانٍ، عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته؛ يَقَعُ ذَلِكَ عَلَى سُدُسِ دَارِهِ، وَعِنْدَهُمَا: الْبَيَانُ إِلَى الْمُتَقَرَّرِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَ سَهْمًا مِنْ عَبْدِهِ، عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته؛ يَعْتَقُ سُدُسَهُ، وَعِنْدَهُمَا: يَعْتَقُ كُلَّهُ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ عِنْدَهُمَا لَا يَجْزَأُ^(١). كذا في «شرح الطحاوي» رحمته.

قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته فِي «شرح الجامع الصغير»: «وحاصله: أَنَّ السَّهْمَ اسْمُ السُّدُسِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته، وَعِنْدَهُمَا: اسْمٌ لِلْجُزْءِ مِنْ حِصَّةِ الْوَرَّةِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ بِالسُّدُسِ، فَقَدْ أَجْمَعُوا أَنَّهُ مِنْ جُمْلَةِ [٢٧٩٨] مَا يَجِبُ لِلْوَرَّةِ؛ لِأَنَّ السَّهْمَ اسْمٌ لِمَا يَجِبُ لِلْوَرَّةِ بِالْإِجْمَاعِ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا بَعْدَ ذَلِكَ فِي التَّقْدِيرِ.

فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته: هُوَ مُقَدَّرٌ بِالسُّدُسِ، وَقَالَا: لَيْسَ بِمُقَدَّرٍ [بِهِ]^(٢)، فَلَمَّا كَانَ مُقَدَّرًا بِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ تَنَاوَلَتِ الْوَصِيَّةُ مِثْلَ حَقِّ أَحَدِهِمْ، لَكِنَّهُ لَا يُزَادُ عَلَى السُّدُسِ؛ لِأَنَّا قَدْ عَلِمْنَا أَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُ الزِّيَادَةَ، وَقَدْ يَتَنَاوَلُ الْأَقْلَ». إِلَى هُنَا لَمْ يَخْتَلَفْ فِي الْإِسْلَامِ رحمته.

وَجَهْ قَوْلُهُمَا: أَنَّ الْوَصِيَّةَ أَحْتُ الْمِيرَاثِ، ثُمَّ الْمِيرَاثُ مَخْصُوصٌ بِسِهَامِ الْمَوَارِيثِ، فَكَذَا الْوَصِيَّةُ تَنْصَرِفُ إِلَى السَّهْمِ الْمَعْرُوفِ فِي الْمِيرَاثِ، لَكِنَّ الْأَقْلَ يَتَعَيَّنُ مُرَادًا لِكُونِهِ يَقِينًا إِلَّا أَنْ يَزِيدَ أَقْلُ الْأَنْصِبَاءِ عَلَى الثُّلُثِ، مِثْلَ رَجُلٍ هَلَكَ وَتَرَكَ

(١) بَطْر «شرح مختصر الطحاوي» للأشباحي [ق/٣١٠].

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ زِيَادَةٌ مِنْ «ن»، وَفَع، «و»، وَفَع، «و»، وَفَع.

أحبا وعمما، ومثل امرأة تركت زوجها وأختها، وأومس أحدهما لرجل يسهم من ماله،
فيكون موصيا بالنصف، فلا ينال الفضل على الثلث إلا بالإجارة.

ولأبي حنيفة ^(١)، ما روي محمد ^(٢) في «الأصل» عن عبد الله بن مسعود
أنه سئل عن رجل دخل أمة من يسهم من ماله، فقال: له الثلث ^(٣).
وقال المقيي أبو الليث ^(٤) في «الشيء» عن أبياس بن معاوية بن قرة ^(٥) أنه سئل
عن التهم في كلام العرب هو الثلث ^(٦)، دد في كتاب «نكت الوصايا».

ولأن السهم لنا رجع إلى ما يستحقه أصحاب المرافعة، ووجب منه إبي
أعدل الأعداد مخرجا، وهو الستة.

وهذا لأن الأعداد ثلاثة أنواع رائد، وناقض، ومعدل، فالرائد الذي تزيد
أجزاءه على جملته، والناقض الذي تنقص أجزاؤه عن جملته، والمعدل الذي لا
تزيد أجزاؤه ولا ينقص عن جملته.

ونظير الأول الأربعة والعشرون، ونظير الثاني الثمانية، وأجزاءها الثلث
والنصف، والثالث عشر يحالف أضله أيضا، لأن نصفه وثلثه وسدسه ينقص عن
أضله، ونصفه وثلثه يريد عليه.

وأما الستة، فإنه يخرج منها النصف، والثلث، والثلث، ويخلفه مثل أضله
لا يريد ولا ينقص، فلهذا صار أعدل، ووجب أقل أحدها وهو الثلث.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة [رقم ٣٠٨٠١]، ومحمد بن الحسن في «الأمال المعروفة» [رقم ٣٠٨٠١]

[٢٢٦/٥ - ٢٢٧/ طعة] وراة الأوقاف العظيمة [من طريق فراس عن عبد الله بن مسعود]

(٢) سطر شرح محمد بن يحيى في «الحفص» [١٦٤/٤]، «اللائحة» في «الأمال المعروفة» [١٦٤/٤]

المصدر [٢٢٨/٤]

وأورد الفقيه أبو الليث رحمته في كتاب «نكت الوصايا» سؤالاً وجواباً فقال:
 إن قيل: إذا كان أحد سهام الموارث أقل من الشُّدُسِ، لم لا يُعطى له
 الشُّدُسُ أيضاً.

فيل له: لأنه احتمل أن الموصي أراد بالسَّهم أحد سهام الورثة، واحتمل
 أنه أراد به السَّهم الذي هو معروف عند أهل اللغة، ثم في الأقل إحاطة
 وبغير، وفي الأكثر شك، فيعطى له الأقل ما لم يتبيح الأكثر، فإن كان الشُّدُسُ هو
 الأقل، صار كأنه أوصى له بالشُّدُسِ، لأن ذلك المقدار مُتيقَّن فيه، وإن كان أحد
 سهام الورثة أقل، ففي الأقل إحاطة ويقين، وصار كأنه أوصى ^(١) له بذلك المقدار.
 قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وهذا في عُرْفهم، أمّا في عُرْفنا: فالسَّهم
 والحرء سواء؛ لأنه لا يُراد به نصيب أحد الورثة ولا الشُّدُسُ.
 قوله: (فإن إياساً قال: السَّهم في اللغة عبارة عن الشُّدُسِ).

هو إياس بن معاوية بن قرة، وبه صرح الفقيه أبو الليث رحمته في كتاب «نكت
 الوصايا»، والقُدُوري في «التقريب»، وفحُرُ الإسلام في «شرح الجامع الصغير»
رحمته.

وكان إياس بن معاوية بن قرة [بن إياس] ^(٢)، ولأه عُمَرُ بن عبد العزيز رحمته
 نساء البصرة، ومات سنة اثنين وعشرين ومئة، وكان لإياس جد أبيه صحبة. كذا
 ذكره القُتيبي ^(٣)، وهو من كبار التابعين رحمته، وهو المشهور بالركن ^(٤) في الحقل

(١) وقع في الأصل «أمر»، والمثبت من «ن»، و«٢٥٦»، و«٢٥٧»، و«٢٥٨».

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من «ن»، و«٢٥٦»، و«٢٥٧»، و«٢٥٨».

(٣) بظر «المعارف» لابن فينة [ص/ ٤٦٧]

(٤) الركن لفظة بظر «المعرب» في ترتيب المعرب «للمنظري [٣٦٦/١]

غاية السداد

الورثة، وكذلك إذا أوصى بحظ من ماله، وبه صرح الطحاوي رحمه الله في «مختصره».

وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: «وإذا أوصى بثم من ماله، وله ابنتان وامرأة وأبوان، فله ثلاثة أسهم من ثلاثين سهمًا؛ لأن الميراث يصير على سبعة وعشرين سهمًا، للبنتين: الثلثان ستة عشر، وللأبوين: السدسان ثمانية، وللمرأة [٨ - (١) ٢/٢] الثمن ثلاثة، فعالت بثلاثة أسهم، فيزاد على ذلك مثل أقل سهام الورثة، وأقل سهامهم سهم المرأة، فيزاد على سبعة وعشرين مثل سهمها ثلاثة، فيصير ثلاثين، وهذا في قولهم جميعًا، وإنما يظهر الاختلاف إذا زاد نصيب الموصى له على الثلثين». كذا في [كتاب] ^(١) «نكت الوصايا».

وقال الفقيه [أبو الليث] ^(٢) رحمه الله أيضًا: «فلو كان له عشرة بنين وعشر بنات؛ فله سهم واحد من أحد وثلاثين؛ لأن لكل ابن سهمين عشرون، ولكل ابنة سهم عشرة، فذلك ثلاثون، ويزاد على ذلك مثل سهم إحدى البنات، فيصير أحدًا وثلاثين سهمًا».

وقال أيضًا: «ولو مائت امرأة ولها ابنتان وأبوان وزوج، وأوصت بثم من ماله؛ فالميراث على خمسة عشر، للبنتين ثمانية، وللأبوين أربعة، وللزوج ثلاثة، ثم يزاد على ذلك أقل سهام الورثة، وهو سهم أحد الأبوين، وهو سهمان فذلك ستة عشر، وفي «الكتاب» ^(٣) حرجه ^(٤) على النصف، وهو ثمانية أسهم ونصف».

(١) سقط الترفيع الداخلي لهذه اللوحة، وإثبت في التي تليها.

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: ٥٨، و٥٩، و٦٠، و٦١، و٦٢، و٦٣، و٦٤، و٦٥، و٦٦، و٦٧، و٦٨، و٦٩، و٧٠، و٧١، و٧٢، و٧٣، و٧٤، و٧٥، و٧٦، و٧٧، و٧٨، و٧٩، و٨٠، و٨١، و٨٢، و٨٣، و٨٤، و٨٥، و٨٦، و٨٧، و٨٨، و٨٩، و٩٠، و٩١، و٩٢، و٩٣، و٩٤، و٩٥، و٩٦، و٩٧، و٩٨، و٩٩، و١٠٠.

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: ٥٨، و٥٩، و٦٠، و٦١، و٦٢، و٦٣، و٦٤، و٦٥، و٦٦، و٦٧، و٦٨، و٦٩، و٧٠، و٧١، و٧٢، و٧٣، و٧٤، و٧٥، و٧٦، و٧٧، و٧٨، و٧٩، و٨٠، و٨١، و٨٢، و٨٣، و٨٤، و٨٥، و٨٦، و٨٧، و٨٨، و٨٩، و٩٠، و٩١، و٩٢، و٩٣، و٩٤، و٩٥، و٩٦، و٩٧، و٩٨، و٩٩، و١٠٠.

(٤) بطل الأصل / المعروف بالمسوط [٥٣٦/٥ / طبعة، وزارة الأوقاف القطرية]

(٥) وقع في الأصل: «حرجته»، والمشت من: ٥٨، و٥٩، و٦٠، و٦١، و٦٢، و٦٣، و٦٤، و٦٥، و٦٦، و٦٧، و٦٨، و٦٩، و٧٠، و٧١، و٧٢، و٧٣، و٧٤، و٧٥، و٧٦، و٧٧، و٧٨، و٧٩، و٨٠، و٨١، و٨٢، و٨٣، و٨٤، و٨٥، و٨٦، و٨٧، و٨٨، و٨٩، و٩٠، و٩١، و٩٢، و٩٣، و٩٤، و٩٥، و٩٦، و٩٧، و٩٨، و٩٩، و١٠٠.

هبة البيان

والأصل في [٢٧٩/٨] ذلك: أن المعرفة إذا أعيدت معرفة، أو النكحة إذا أعيدت معرفة؛ كان الثاني عَيْنَ الأول، والنكحة إذا أعيدت نكحة؛ كانت الثانية غير الأولى، وهو الأصل إلا إذا دل الدليل على خلافه، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ رَسُولًا ۖ فَفَعَلْنَا لِرَسُولِهِ شَيْئًا لَّا يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ ۖ فَأَنَّىٰ تُؤْتَىٰ بِهِ إِذَا لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ ۚ﴾ [النور: ١٣].

وقد روي عن ابن عباس رضي الله عنه في قوله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا ۖ إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا﴾ [الشرح: ٥-٦]، لَرُبَّ يَغْلِبَ عُسْرٌ [واحد] ^(١) يُسْرَيْنِ ^(٢).

ثم فيما نحن فيه: لما عَرَفَ السُّدُسَ بالإضافة، ثم أعاده بالإضافة أيضًا؛ كان الثاني عَيْنَ الأول؛ لأنه أعيد معرفة، وهذا لا يُشْكِلُ إذا قال ذلك في مجلس واحد؛ إن له سُدُسًا واحدًا؛ لأن الكلام الثاني خَرَجَ مَخْرَجَ التكرار.

ألا ترى أن رجلاً لو أَقْرَأَ لِرَجُلٍ بِمِئَةِ دِرْهَمٍ في مجلس واحد مرارًا؛ لا يَجِبُ عليه إلا مئة واحدة، فكذلك هاهنا.

فإن قيل: ما الفرق بين هذا وبين رَجُلٍ طَلَّقَ امرأته في مجلس واحد مرارًا؛ يَتَعُ عليها بكل قولٍ تطليقة.

قيل: الفرق بينهما: أن الطلاق ابتداء الإيقاع، والإيقاع الثاني غير الأول، وأما الإقرار: فهو خبرٌ يَحْتَمِلُ أنه أراد به إقراراً آخر، ويَحْتَمِلُ أنه أراد الإقرار الأول، والإقرار الأول له سَبَبٌ قائمٌ، فيُضْرَفُ إليه.

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من «ن»، و«غ»، و«فا»، و«م»، و«و».

(٢) قال الربيعي: «مَوْقُوفٌ ابنُ عَبَّاسٍ غَرِيبٌ»، ونعني به أن قُطِلَ قولُه: «وَمَرَّاهُ أَنَّهُ تَشَعُّ مِطَانُهُ فَلَمْ يَحْصِهِ، لَكِنَّهُ رُوِيَ مِنْ وَجْهِ آخَرَ مَرْفُوعًا وَمَوْقُوفًا»، ينظر: «تحرير أحاديث الكشاف» للربيعي [٢٣٥/٤]، و«تحرير أحاديث أصول البردوي» لابن فطويعا [ص/٧٠].

.....
 نهاية البيان

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ لَتَنَاقُضَ [٣١٥هـ]؛ لِأَنَّا قُلْنَا: الْأَصْلُ مَا قُلْنَا، وَنَحْرُ عَلَى ذَلِكَ لِمَا بَيَّنَّا مِنَ الدَّلِيلِ، وَلَكِنْ الْأَصْلُ قَدْ يَتْرَكُ إِذَا دَلَّ الدَّبِيلُ عَلَى خِلَافِهِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْحَقِيقَةَ تَسْرُكُ وَإِنْ كَانَتْ أَصْلًا إِذَا دَلَّ دَلِيلُ الْمَجَازِ، وَفِي الْآيَتَيْنِ الْوَارِدَتَيْنِ قَدْ دَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى تَرْكِ مَا قُلْنَا مِنَ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمَرَادُ مِنَ الْكِتَابِ الثَّانِي هُوَ الْأَوَّلُ؛ لَكَانَ الْمُصَدِّقُ وَالْمُصَدَّقُ وَاحِدًا، وَدَلَّتْ لَا يَجُوزُ، وَفِي الْآيَةِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّهُمَا غَيْرَانِ؛ لِأَنَّهُ تَعَالَى قَالَ: ﴿مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ﴾ [الْمَدَنَةُ ٤٨]، فَلَوْ كَانَ الْكِتَابَانِ وَاحِدًا لَقَالَ: مُصَدِّقًا لِنَفْسِهِ.

وَكَذَا فِي الْآيَةِ الثَّانِيَةِ دَلَّ الدَّلِيلُ عَلَى تَرْكِ ذَلِكَ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُشْتَبَّهُ عَلَى مَنْ هُ ادَّعى لُبُّ أَنَّ الْآيَةَ نَطَقَتْ بِكَمَالِ قُدْرَةِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى تَحْوِيلِهِ الْإِنْسَانَ مِنْ حَالٍ إِلَى حَالٍ، مِنْ ضَعْفٍ إِلَى قُوَّةٍ، وَمِنْ قُوَّةٍ إِلَى ضَعْفٍ، وَالضَّعْفُ الَّذِي قَبْلَ قُوَّةِ الشَّيْءِ هُوَ ضَعْفُ الطُّفُولِيَّةِ، فَكَانَ الْمَرَادُ مِنَ الضَّعْفِ الثَّانِي هُوَ الْأَوَّلُ، وَالْقُوَّةُ الَّتِي قَبْلَ ضَعْفِ الشَّيْخُوخَةِ وَالْهَرَمِ؛ هِيَ قُوَّةُ الشَّبَابِ، فَكَانَ الْمَرَادُ مِنَ الْقُوَّةِ الثَّانِيَةِ هِيَ الْأَوَّلَى.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ ۞ فِي كِتَابِ «نُكْتِ الْوَصَايَا»: «وَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ: «تُلْتُ دَارِي لِفُلَانٍ»، أَوْ «سُدَّسُ دَارِي لِفُلَانٍ»، أَوْ «رُبْعُ دَارِي لِفُلَانٍ»، ثُمَّ مَاتَ؛ كَانَ بَشْعِي فِي الْقِيَاسِ أَنْ يَكُونَ هَذَا بَاطِلًا.

وَفِي الْاسْتِحْسَانِ: يَجُوزُ، وَيَكُونُ وَصِيَّةً، يَعْنِي: يَكُونُ وَصِيَّةً بِلَا ذِكْرِ الْوَصِيَّةِ إِذَا كَانَ الْقَوْلُ فِي الْمَرَضِ.

وَجْهُ الْقِيَاسِ: أَنَّ ظَاهَرَ كَلَامِهِ الْهَيْبَةُ، وَالْهَيْبَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ: «عَبْدِي هَذَا لِفُلَانٍ»؛ كَانَ ذَلِكَ هَيْبَةً، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالْقَبْضِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

قال. ومن أوصى بثلث دراهمه، أو بثلث غنمه، فهلك ثلثا ذلك. ونسب
ثلثه، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله، فله جميع ما بقي

ووجه الاستحسان: أن ذكر الثلث والرُّبع بخري في باب الوصية، والحال
حال الوصية إذا كان الرجل مريضاً، وإن كان الحال حال الوصية،
صُرف كلامه إلى الوصية تحريماً لصحة كلامه.

ولو قال: «عندي هذا لفلان»، أو «داري هذه لفلان»؛ فهذا هبة، لا يخرج
على الوصية إلا أن يذكر الوصية، ويؤخذ فيه بالقبس؛ لأنه ليس في كلامه دليل
الوصية.

وقال الفقيه أبو الليث أيضاً: «إذا قال: «لفلان شذس في داري»، أو «رُبع
في داري»، أو «بيت في داري»، أو «ألف درهم في مالي»، فهذا إقرار؛ لأنه أقر
له بالشركة.

ولو قال: «ألف درهم من مالي»، أو «بيت من داري» يكون هبة،
لأن «من» كلمة إيانية، فإذا أنان وسلم إليه جاز، وإن لم يسلم إليه لم يخرج.
وإن كان هذا القول على أثر الوصية؛ يكون وصية في الاستحسان، وليس
كقوله: «في داري»؛ لأنه إذا قال: من داري، فقد أضاف جميع الدار إلى نفسه،
فلا يصلح أن يكون إقراراً.

وإذا قال: «بيت في داري»، فظاهر إقراره للشركة، فيصرف كلامه للشركة،
كما في «نكت الصايا»، وإنما كتبت هذه المسائل تكثيراً للفوائد.

قوله: (قال: ومن أوصى بثلث دراهمه، أو بثلث غنمه، فهلك ثلثا ذلك.
وبقي ثلثه، وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله؛ فله جميع ما بقي)، أي: قال

وَقَالَ زُفَرٌ: لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمَا وَالصَّالِ
الْمُشْتَرِكُ يَتَوَيَّ مَا تَوَيَّ^(١) مِنْهُ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَتَمَتَّى مَا بَقِيَ عَلَيْهَا وَصَارَ كَمَا إِذَا
كَانَتِ التَّرِكَةُ أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً.

الْقُدُورِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

وَمَعْنَى قَوْلِهِ: (وَهُوَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثٍ [١٢٣] مَالِهِ)، أَيْ: الثُّلُثُ الْبَاقِي بَعْدَ
هَلَاقِ الثَّلَاثِينَ يَخْرُجُ مِنْ [ثُلُثٍ]^(٣) بَقِيَّةِ مَالِ الْمُوصِي.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «عَنْ يَحْفُوتَ عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:
فِي الرَّحْلِ يُوصِي لِلرَّجُلِ بِثُلُثٍ ثَلَاثَةِ دَرَاهِمٍ، فَيَهْلِكُ دِرْهَمَانِ مِنْ تِلْكَ الدَّرَاهِمِ،
وَبَقِيَ دِرْهَمٌ، وَذَلِكَ الدَّرْهَمُ يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ، قَالَ: يَكُونُ لَهُ الدَّرْهَمُ كُلُّهُ.

وَكَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى بِثُلُثٍ^(٤) ثِيَابٍ لَهُ مِنْ صَنْبٍ وَاحِدٍ، فَهَلِكُ ثُلُثُهَا، وَبَقِيَ
الثُّلُثُ، فَلَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي كُلُّهُ، وَإِنْ أَوْصَى بِثُلُثٍ ثَلَاثَةِ مِنْ رَقِيقَةٍ، فَهَلِكُ اثْنَانِ، وَبَقِيَ
وَاحِدٌ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ثُلُثُهُ، وَكَذَلِكَ الدُّورُ الْمُحْتَفَةُ^(٥) إِلَى هَذَا لِمَطِّ أَصْلِ «الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ».

وَقَالَ زُفَرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لِلْمُوصِي لَهُ ثُلُثُ الدَّرْهَمِ الْبَاقِي لَا غَيْرَ، وَعَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ
كُلُّ مَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ، كَمَا لَوْ كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ مِنْ صَنْبٍ وَاحِدٍ، فَأَوْصَى
لِرَجُلٍ بِثُلُثٍ هَذِهِ الْأَثْوَابِ الثَّلَاثَةِ، أَوْ كَانَ لَهُ شِبَعٌ، فَأَوْصَى بِثُلُثِهَا لِرَجُلٍ، فَهَلِكُ
اِثْنَانِ، وَبَقِيَ وَاحِدٌ، فَعِنْدَنَا: لِلْمُوصِي لَهُ جَمِيعُ الثَّوْبِ الْبَاقِي، وَجَمِيعُ الشَّاةِ الْبَاقِيَةِ.

(١) شَبَّهَ فِي الْأَصْلِ: «يَتَوَيَّ مَا تَوَيَّ».

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/ ٢٤٤].

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُودَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠.

(٤) وَفَعِيَ فِي الْأَصْلِ: «ثَلَاثَاتٍ»، وَالثُّلُثُ مِنْ: ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠، ١٠٠.

(٥) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ/مَعَ السَّامِعِ الْكَبِيرِ» [ص/ ٥٢٤].

بَقِيَ وَصَارَتْ الدَّرَاهِمُ كَالدَّرْهِمِ، بِخِلَافِ الْأَجْنَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ لِأَنَّهُ لَا يُحْكَمُ
نَحْمَعُ فِيهَا جَبْرًا فَكَذَا تَقْدِيمًا.

❦ غيبة البير ❦

كذلكها إذا كَانَ يَخْرُجُ الدَّرْهُمُ مِنَ الثُّلُثِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

مِثَالُهُ: مَنْ بَاعَ قَفِيزًا مِنَ الْحِنْطَةِ، فَهَلَكَ جَمِيعُ الْحِنْطَةِ إِلَّا قَفِيرًا وَاحِدًا، انْصَرَفَ
بَيْعُهُ إِلَى الْقَفِيرِ الْوَاحِدِ الْبَاقِي، حَتَّى يُؤَمَّرَ الْبَائِعُ تَسْلِيمُهُ إِلَى الْمُشْتَرِي، فَكَذَلِكَ
بِوَصِيَّةٍ.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير»: «وَقَدْ اتَّفَقُوا أَنَّهُ لَوْ
اُنْتُحِقَ الدَّرَاهِمَانِ، وَبَقِيَ الدَّرْهُمُ؛ فَالدَّرْهُمُ الْبَاقِي لِلْمُوصِي لَهُ، فَكَذَلِكَ [٥١٧ د]
إِنِ هَلَكَ الدَّرَاهِمَانِ وَبَقِيَ الدَّرْهُمُ».

قَالَ: «وَكَذَلِكَ الثِّيَابُ مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الثِّيَابُ أَمْثَالًا مُتَسَاوِيَةً،
وَهَذَا تُقَسَّمُ بِالْقِيَمَةِ لَا بِالْمِثْلِ».

وَلَوْ بَاعَ أَحَدَ الْأَثَوَابِ الثَّلَاثَةِ؛ لَمْ يَصَحَّ، وَلَكِنَّهُ أَلْحَقَ الْأَثَوَابَ إِذَا كَانَتْ مِنْ
حَسَبٍ وَاحِدٍ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ بِالْأَمْثَالِ الْمُتَسَاوِيَةِ؛ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ بَابِ الْقَضَاءِ،
وَتَشَوُّتُ بَيْنَ الثِّيَابِ فِي الْجَنَسِ الْوَاحِدِ يَقِلُّ، فَكَانَ لِلْقَاصِي أَنْ يُدَيِّقَهَا بِالْأَمْثَالِ
مُتَسَاوِيَةٍ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَيْسَ مِنْ بَابِ الْقَضَاءِ، وَبِخِلَافِ الْإِنْلَافِ؛
لَا [صَمَات] ^(١) الْعُدْوَانَاتِ مُقَيَّدٌ بِالْمِثْلِ.

[٥١٨ ط] وَالْقَضَاءُ بِالْقِيَمَةِ أَقْرَبُ إِلَى الْمُثَابِلَةِ؛ لِأَنَّ فِيهِ مُثَابِلَةً مِنْ حَيْثُ
نَسَبَةُ وَالتَّقْوَمُ، فَتُمَاثِلُ الْقِيَمَةُ الْمُتَلَفَ مَعْنَى عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَالثَّوْبُ لَا يُثَابِلُ
خُتَفَ مَعْنَى عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَقَدْ يُثَابِلُهُ فِي الصُّورَةِ، وَقَدْ لَا يُثَابِلُهُ فِي الصُّورَةِ،
فَكَانَ الْمَعْنَى أَرْجَحُ، فَكَانَ الْقَضَاءُ بِالْقِيَمَةِ أَوْلَى.

— غايه لبيان —

فأما إذا كانت الوصية بثُلث الأجناس المختلفة؛ فحقُّ الموصى له في المشاع دون المُفَرِّد، حتى لا يَكُون للقاضي ولاية الإفراد والخير على القسمة، فلا يَكُون القضاء ثلثها كالقضاء بواحد منها، فكانت وصية بثُلث كل واحد منها.

والدورُ المختلفة كالأجناس المختلفة، وبكثرة التَّفَاوُثِ بين الدَّارِثِينَ في المنفعة في الصَّبِيِّ والسَّعَةِ، وقُرْبِ الماء ونُعْدِهِ، والأَمْنِ وحُسْنِ الجيران، وسحر ذلك، فكانت مُلْحَقَةً بالأجناس المختلفة، فكان للموصى له ثُلث الباقي

وكذلك الرَّقِيقُ الثلاثة من جنس واحد بِمَرَلَةِ الأجناس المُختلفة؛ لكثرة التَّفَاوُثِ، ولهذا لا يَصِحُّ التوكيلُ بِشراء عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْهِ إذا لَمْ يَتَّيَسَّرِ الثَّمَنُ، كما في الأجناس المختلفة، هكذا أجاب مُحَمَّدٌ رحمته الله في «الجامع الصغير» في الدور والرقيق بلا خلاف، قيل: هذا قول أبي حنيفة رحمته الله.

فأما على قولهما: فالدورُ جنس واحد، وكذلك الرقيقُ جنس، فيَكُونُ للموصى له السدُّ الباقي، والدَّارُ الباقية؛ لأنَّ لقاضي أن يَقْسِمَ قِسْمَةً واحدةً، فيَجْمَعُ نَصِيبَ كُلِّ واحدٍ منهم في عَبْدٍ باعتبار القيمة، لاتِّحَادِ الْجِنْسِ. إلى هذا ماَلُ الْفَقِيهَةِ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله وفخر الإسلام، وقاضي حنبل رحمته الله تعالى.

وقيل: المذكورُ في «الجامع الصغير»: قولُ لُكْلٍ، لأنَّ عندهما لا يَحِبُّ على القاضي القسمة، كلَّ يَجُوزُ له القِسْمَةُ، وَيَجُوزُ له أن يَمِيلَ إلى مذهب أبي حنيفة رحمته الله، فَتَقْبَلُ القسمة لَمْ يَكُنِ الرقيقُ مُلْحَقًا بِالْأَمْثَالِ الْمُتَسَاوِيَةِ، فَصَارَ نَظِيرَ الْأَجْناسِ الْمُخْتَلَفَةِ إذا هَلَكَ اثنان منها؛ كَانَ لِلْمَوْصِي له ثُلث الباقي بالإجماع، فكذا هنا.

وقال الفقيه أبو الليث رحمته الله في كتاب «نكت الوصايا»: «الأصل في هذه المسائل إذا أوصى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ شَيْءٍ، فَهَكَذَا الثَّلَاثَانِ، أَوْ اسْتَحَقَّ الثَّلَاثَانِ، وَبَقِيَ

الثُّلُثُ ؛ وَإِنْ كَانَ الشَّيْءُ مِمَّا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ؛ انْصَرَفَتِ الْوَصِيَّةُ إِلَى الْبَاقِي ، وَإِنْ كَانَ الشَّيْءُ مِمَّا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ؛ لَيْسَ لَهُ مِنَ الْبَاقِي إِلَّا ثُلُثُهُ .

ومثال ذلك: إذا [١٧٧/٣هـ] أَوْصَى ثُلُثَ الْعَمِّ ، أَوْ ثُلُثَ الثَّيَابِ مِنْ حَسْرِ وَاحِدٍ ، أَوْ شَيْءٍ مِنْ ^(١) الْكَيْلِ ، أَوْ الْوَرْدِ ، فَهَلَكَ الثُّلَاثُ ، فَالْبَاقِي كُلُّهُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَهْلِكْ شَيْءٌ وَارْتَفَعُوا إِلَى الْقَاضِي ؛ كَانَ [٢٨٢/٨هـ] لِلْقَاضِي أَنْ يَجْعَلَ هَذَا الْبَاقِيَ لِلْمَوْصِي لَهُ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ هَلَاكِ الثَّلَاثِ جَارٍ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ الثُّلُثَ لَهُ .

وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى بِثُلُثِ ^(٢) ثِيَابٍ مُخْتَلِفَةٍ ، أَوْ دَوَابِّ مُخْتَلِفَةٍ ، فَهَلَكَ الثُّلَاثُ ، وَبَقِيَ الثُّلُثُ ؛ لَيْسَ لَهُ مِنَ الْبَاقِي إِلَّا ثُلُثُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَهْلِكْ شَيْءٌ ، وَارْتَفَعُوا إِلَى الْقَاضِي ؛ لَمْ يَكُنْ لِلْقَاضِي أَنْ يَدْفَعَ هَذَا الْبَاقِيَ إِلَيْهِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ هَلَاكِ الثَّلَاثِ لَمْ يَحْرُ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ إِلَّا ثُلُثُهُ .

وَلَوْ كَانَ أَوْصَى بِثُلُثِ الْعَبِيدِ ، فَهَلَكَ الثُّلَاثُ ، وَبَقِيَ الثُّلُثُ ، فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته : لَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي .

وَفِي قَوْلِ أَبِي يُونُسَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما : الْبَاقِي كُلُّهُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته : أَنَّهُ لَا يَرَى قِسْمَةَ الرَّقِيقِ ؛ لِأَنَّهُ عَدَّهُ بِحُرِّهِ أَحْسَنَ مُحْتَفَةٍ ، وَأَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما يَرَيَانِ ذَلِكَ .

وَكَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى بِثُلُثِ دُورٍ مُخْتَلِفَةٍ ، فَاسْتَحَقَّتِ الدَّارَانِ ، وَتَقَيَّتْ دَارٌ وَاحِدَةً ، فَهُوَ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته : أَنَّهُ لَا يَرَى خَمْعَ الْأَنْصَاءِ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ ، وَهُمَا يَرَيَانِ ذَلِكَ ، وَلَوْ أَنَّهُ اسْتَحَقَّ الثُّلَاثُ مُشَاعًا ، وَبَقِيَ

(١) وقع في الأصل «واحدة» ، والمثبت من (د) ، و(٢٨٢/٨هـ) ، و(٢٨٢/٨هـ) ، و(٢٨٢/٨هـ) .

(٢) وقع في الأصل «ثلاث» ، والمثبت من (د) ، و(٢٨٢/٨هـ) ، و(٢٨٢/٨هـ) ، و(٢٨٢/٨هـ) .

وَيَجْمَعُ وَيُدُونُ ذَلِكَ يَتَعَذَّرُ الْجَمْعُ ، وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ لِلْفَقْهِ الْمَذْكُورِ .

وعندهما: له جميع الباقي ، وقيل: هو قولهم جميعاً ، وقد مرَّ بيانه قبل هذا .

قوله: (وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ لِلْفَقْهِ الْمَذْكُورِ) ، أي: الذي قيل: إنَّ ذلك الحواب قول أبي حنيفة رحمته وحده ، أشبه بمذهب أبي حنيفة رحمته للفقهِ الْمَذْكُورِ ، وهو أنه لَا يَرَى الْجَبْرَ عَلَى الْقِسْمَةِ فِي الرَّقِيقِ وَالْأُورِ الْمُحْتَلِفَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهَا أَجْنَاسًا مُخْتَلِفَةً ، فَيَكُونُ عَنْده: لِلْمُوصَى لَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي .

وعندهما: له جميع الباقي ؛ لِأَنَّهُمَا يَخْتَلَانِ جَسًا وَاحِدًا .

قوله: (وَيُدُونُ ذَلِكَ يَتَعَذَّرُ الْجَمْعُ) ، أي: ويدون الاجتهاد يَتَعَذَّرُ خَفُوعُ تَصْيِبِ أَحَدِهِمْ فِي الْعَبْدِ الْوَاحِدِ [٥٢٨٢/٢] والدار الواحدة .

معناه: ما مرَّ قَبْلَ هذا ، وهو أَنَّ قَوْلَ الْقِسْمَةِ لَا يَكُونُ الرَّقِيقُ مُلْحَقًا بِالْأَمْثَالِ الْمُسَاوِيَةِ عَنْدهما أَيْضًا ، فَيَصِيرُ كَالْأَحْسَاسِ الْمُخْتَلِفَةِ ، فَيَكُونُ لِلْمُوصَى لَهُ عَنْدهما أَيْضًا [٥١٨/٣] ثُلُثُ الْبَاقِي مِنَ الرَّقِيقِ ، وَلَا حِلَافَ إِذْنٍ فِي الْحَوَابِ .

بيانه: أَنَّ الْقَاضِيَ يَحُورُ لَهُ أَنَّ يَقْسِمَ الدُّورَ وَالْعَبْدَ قِسْمَةً وَاحِدَةً ، إِذَا رَأَى الْقَاضِيَ الْمَصْلَحَةَ فِي ذَلِكَ ، مَا نَ رَأَهُمْ مُتَقَرِّبِينَ ، أَمَا قُلَّ أَنْ يَرَى ذَلِكَ ؛ فَلَا يَحُورُ ، فَإِنَّهَا فِي نَفْسِهَا مُتَفَاوِتَةٌ عَايَةُ التَّفَاوُتِ ، فَكَانَ الْأَصْلُ فِيهِ أَلَّا يَجْمَعَ حَقُّ أَحَدِ الشَّرَكَاءِ فِي عَيْنٍ مِنْهَا .

وَذَهَبَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاء الدين الأنسجاني رحمته فِي كِتَابِ «العين والدَّيْنِ» إِلَى أَنَّ هَذَا قَوْلُ الْكُلِّ فِي الْعَبِيدِ وَالْأُورِ جَمِيعًا .

(١) يطر: «بدائع الصنائع» [٤٦٨ ، ٤٦٣/٥] ، «تبيين الحقائق» [٢٧١/٥] ، «الباية» [٥٢١/١٠] .

«درر الحكام» [٤٢٤/٢] ، «اللباب» [٢٨٥/٢] .

قَالَ وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ، وَلَهُ مَالٌ عَيْنٍ وَدِينٍ ، فَإِنْ خَرَجَتْ
الْأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ ، دُفِعَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَرَ إِيقَاءَ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ

﴿عنه العبد﴾

قَوْلُهُ (قَالَ) وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ ، وَلَهُ مَالٌ عَيْنٍ وَدِينٍ ، فَإِنْ خَرَجَ
الْأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ ، دُفِعَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ) ، أَيُّ : قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمه الله فِي
«مَخْتَصَرِهِ» ، وَنَدَامَهُ فِيهِ : «وَأِنْ لَمْ يَخْرُجْ دَفَعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ الْعَيْنِ ، وَكُلُّ مَا خَرَجَ مِنْ
شَيْءٍ مِنَ الدَّيْنِ أَحَدٌ ثُلُثُهُ حَتَّى يَسْتَوْبِيَ الْأَلْفُ» ^(١) ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ شَرِيكَ
الْوَرَثَةِ ، وَالأَصْلُ فِي الشَّرَكَةِ : أَنْ يُوقَى حَقُّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ إِيقَاعِ بَخْسٍ فِي حَقِّ
الْآخَرِ ، فَمِنْ خَرَجَ الْأَلْفُ مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ دَفَعَ الْأَلْفُ مِنَ الْعَيْنِ [إِلَى] ^(٢) الْمُوصَى
لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْزِعُ التَّحَرُّ فِي حَقِّ أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ يَصِلُ ^(٣) الثَّلَاثُ مِنَ الْعَيْنِ إِلَى الْوَرَثَةِ .

وَإِنْ لَمْ تَخْرُجِ الْأَلْفُ الْمُوصَى بِهَا مِنْ ثُلُثِ الْعَيْنِ ؛ لَمْ يَدْفَعْ خَمِيعَ الْأَلْفِ إِلَى
الْمُوصَى لَهُ مِنَ الْغَيْرِ ؛ لِأَنَّهُ يَلْزِمُ حَيْثُ التَّحَرُّ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ لِمَرَّةٍ التَّقْدِيرُ عَلَى
الدَّيْنِ ، وَلِأَنَّ الدَّيْنَ نَبَسٌ بِمَالٍ مُطْفَأٌ ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا بِوَاسِطَةِ الْإِسْتِيفَاءِ ؛ لِأَنَّ
الدَّيْنَ وَضْفٌ ثَابِتٌ فِي الدُّمَةِ ، فَمِنْ كَانَ كَذَلِكَ كَانَ الدَّيْنُ فِي مَعْنَى التَّأْوِيلِ ، وَلِهَذَا
نُوحِيَ أَنْ لَا مَالٌ لَهُ ، وَلَهُ دِيُونٌ عَلَى النَّاسِ ؛ لَا يَحْتَسِبُ ، وَكَانَ الْقِيَاسُ عَلَى هَذَا
أَلَّا يَأْخُذَ الْمُوصَى لَهُ ثُلُثَ الدَّيْنِ .

وَلَكِنَّا نَقُولُ : لَمَّا انْقَلَبَ مَالًا عَدَّ الْإِسْتِيفَاءُ ؛ دَخَلَ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ ، كَالْقَصَاصِ
إِذَا انْقَلَبَ مَالًا بَعَثُوا بَعْضَ الشَّرَكَاءِ ، شَارَكَ الْمُوصَى لَهُ الْوَرَثَةَ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ حَقٌّ
فِي نَفْسِ الْقَصَاصِ .

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمه الله فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ بِالْعَيْنِ وَالْدَيْنِ عَلَى الْأَخْتِي مِنْ

(١) بصر المختصر القدوري (ص. ٢٤٤)

(٢) ميسر المستوفين - زياده من ١٥٠ ، ١٤٠ ، ١٣٥ ، ١٢٥ ، ١١٥ ، ١٠٥ ، ٩٥ ، ٨٥ ، ٧٥ ، ٦٥ ، ٥٥ ، ٤٥ ، ٣٥ ، ٢٥ ، ١٥ ، ١٠ ، ٥ ، ٤ ، ٣ ، ٢ ، ١

(٣) دفع في الأصل بصير ، والمشتق من ١٥٠ ، ١٤٥ ، ١٣٥ ، ١٢٥ ، ١١٥ ، ١٠٥ ، ٩٥ ، ٨٥ ، ٧٥ ، ٦٥ ، ٥٥ ، ٤٥ ، ٣٥ ، ٢٥ ، ١٥ ، ١٠ ، ٥ ، ٤ ، ٣ ، ٢ ، ١

مِنْ غَيْرِ بَخْسٍ فَيَصَارُ إِلَيْهِ، وَلَوْ لَمْ يَخْرُجْ دُفِعَ إِلَيْهِ ثُلُثُ الْعَيْنِ، وَكُلَّمَا خَرَجَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ أَخَذَ ثُلُثَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَلْفَ لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ شَرِيكُ الْوَارِثِ، وَفِي تَخْصِيصِهِ بِالْعَيْنِ بَخْسٌ فِي حَقِّ الْوَرِثَةِ لِأَنَّ لِعَيْنٍ فَضْلًا عَنِ الدَّيْنِ، وَلِأَنَّ

﴿ غَاثَةُ الْبَيِّنَاتِ ﴾

«الكافي» «وإذا كان للرجل مئة درهم عين، ومئة درهم على أخيه دين، فأوصى لرجل بثلث ماله؛ فإنه يأخذ ثلث العين، وما خرج من الدين بعد ذلك أخذ ثلثه حتى يخرج الدين كله.

وإذا أوصى [٢/٢٨٣/٨] لرجل بثلث ماله، ولآخر بثلث العين؛ اقتسما ثلث المئة لعين نصفين؛ لأنهما في استحقاق ثلث المئة العين على السواء، ليتناول الوصيتين إياه على السواء، فإن خرج من الدين خمسون درهماً؛ ضمت إلى العين، وكان ثلث ذلك بينهما على خمسة أسهم، لصاحب ثلث العين سهمان من ذلك في العين، والباقي مقسوم بين صاحب ثلث المال والورثة على ثلاثة عشر سهماً^(١)، وذلك لأن وصية أحدهما مقيدة بالعين، ووصية الآخر مرسلة، فالذي وصيته مقيدة بالعين يكون حقه في ثلث العين، وهو ثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم، ووصية الآخر بثلث الآخر في ثلث المال المرسل، وقد صار مال الميت مئة وخمسين عند خروج الخمسين من الدين، فتبين أن حقه في ثلث هذه الجملة، وهو خمسون، فاحصل تفاوت ما بين الحقتين بينهما، وهو ستة عشر وثلثاً درهماً، فصار ثلاثة وثلاثون درهماً، وثلث درهماً بينهما، والخمسون [٥١٨/٣] ثلاثة أسهم، فحق صاحب العين في ثلاثة وثلاثين وثلث، وحق صاحب ثلث المال في جميع الخمسين.

ولهذا قسما الخمسين الذي هو الثلث بينهما أخمساً، سهمان للمرضى ٥

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٥٨/ف].

الَّذِينَ لَيْسَ بِمَالٍ فِي مُطْلَقِ الْحَالِ وَإِنَّمَا يَصِيرُ مَالًا عِنْدَ الْإِسْتِيفَاءِ فَإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ وَعَمَرٍ بِثُلْثِ مَالِهِ، فَإِذَا عَمَرُ مَيِّتٌ، فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَيْسَ بِأَهْلٍ لِلْوَصِيَّةِ فَلَا يُزَاحِمُ الْحَيُّ الَّذِي هُوَ مِنْ أَهْلِهَا، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ وَجِدَارٍ.

غَايَةُ الْبَيَانِ

بِثُلْثِ الْمَتَةِ الْعَيْنِ، وَذَلِكَ عَشْرُونَ دِرْهَمًا كُلُّهُ فِي الْمَتَةِ الْعَيْنِ، لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ مُقْبَدَةٌ، وَمَا بَقِيَ وَهُوَ مِثْلُهُ وَثَلَاثُونَ، يَكُونُ بَيْنَ الْوَرِثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ بِثُلْثِ الْمَالِ عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ سَهْمًا؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ الْوَرِثَةِ، فَيُقَسَّمُ ذَلِكَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ الْحَقُوقِ، حَقُّ الْوَرِثَةِ فِي عَشْرَةِ أَشْهُمٍ، وَحَقُّ الْمُوصَى لَهُ بِثُلْثِ الْمَالِ فِي ثَلَاثَةِ أَشْهُمٍ، وَهُوَ ثَلَاثُونَ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ: أَنَّ الْوَصِيَّةَ الْمُرْسَلَةَ تَكُونُ شَائِعَةً فِي كُلِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ الْوَرِثَةِ، وَحَقُّ الْمُوصَى لَهُ فِي الْوَصِيَّةِ لِمُقْبَدَةِ يَتَقَبَّدُ بِمَا قَبَّذَهُ الْمُوصِي، وَيُقَدَّمُ حَقُّهُ عَلَى حَقِّ الْوَرِثَةِ بِشَرْطِ أَلَّا يَزِيدَ عَلَى الثُّلْثِ، وَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الْعَرِيمِ فِي حَقِّ التَّقَدُّمِ كَمَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْجَبَايُ رحمته الله فِي «شرح الكافي» الَّذِي هُوَ «مبسوطه».

قَوْلُهُ: (وَإِنَّمَا يَعْتَدِلُ النَّظَرُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ)، أَيُّ: النَّظَرُ فِي حَقِّ الْمُوصَى لَهُ وَالْوَرِثَةِ بِإِيْفَاءِ كُلِّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ مِنْ غَيْرِ نَحْسٍ فِي حَقِّ الْآخَرِ، وَهُوَ أَلَّا يَتَحَصَّرَ الْمُوصَى لَهُ بِالْعَيْنِ إِذَا لَمْ تَخْرُجِ الثُّلُثُ مِنَ الْعَيْنِ.

قَوْلُهُ (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِزَيْدٍ وَعَمَرٍ بِثُلْثِ مَالِهِ، فَإِذَا عَمَرُ مَيِّتٌ، فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لِزَيْدٍ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُّورِيُّ رحمته الله [٢/٥٨٣] فِي «مختصره» ^(١).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الكافي»: «وَلَوْ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ، أَوْ بَيْنَ

وعن أبي يوسف أنه إذا لم يعلم بموته فله يصف الثلث، لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرَضَ للحي إلا يصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية للميت لغو فكان راضياً بكل الثلث للحي.

في غاية البيان

فلان وفلان، ثم مات الموصي، ثم مات أحدهما، كان للباقي يصف الثلث، ونصف الثلث لورثة الميت منهما^(١).

وقال شيخ الإسلام علاء الدين الأنسبجاني رحمته في «شرح الكافي»: «وهذا على أوجه ثلاثة: إما إن كان فلان حياً يوم الوصية، ثم مات بعد موت الموصي أو قبله، أو كان ميتاً يوم الوصية، فإن كان حياً بعد موت الموصي؛ فالجواب فيه ما ذكرناه؛ لأنه صحَّ إضافة الوصية إليهما، ثم لا يستحقان في حقهما بموت الموصي، فصار نصيب الميت وقد ملكه عند موت الموصي ميراثاً عنه لورثته.

وإن مات قبل موت الموصي بطلت حصته، وللآخر يصف الثلث؛ لأنه صحَّ الإضافة إليهما؛ لأنهما من أهل الاستحقاق للوصية يومئذ، ثم بطل في حق من مات منهما قبل أن يتقلب حقيقة، فبقي حصة الآخر.

وإن كان فلان ميتاً يوم الوصية، فإن كان الموصي قال: بين فلان وفلان؛ للحي يصف الوصية، ولا شيء للميت؛ لأن «بين» كلمة قسمة، فجد جعل لكل واحد منهما يصف الوصية، فإذا بطل نصيب الميت؛ لا يكون للحي إلا يصفه.

وأما إذا قال: لفلان وفلان، وأحدهما ميت؛ فالوصية كلها للحي؛ لأن الإضافة إلى الميت مهما لغو، فصار كما لو أوصى لزيد، وجدار أو جمار.

قال الفقيه أبو الليث رحمته في كتاب «نكت الوصايا»: «وروي عن أبي يوسف رحمته أنه قال: إن كان الموصي علم بموت أحدهما؛ فالوصية [٥١٩، ٢] كلها للحي.

وَرَأَى قَالَهُ «تُلْتُ مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو»، وَرَأَى مَيِّتٌ؛ كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ؛ لِأَنَّ قَضِيَّةَ هَذَا اللَّفْظِ أَنْ يَكُونَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الثُّلُثِ بِخِلَافِ

عَلَيْهِ السَّلَامُ

وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ سَمَوْتَهُ فَلِلْحَيِّ يَنْصُفُ الْوَصِيَّةَ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي إِذَا لَمْ يَعْنَمْ فَقَدْ قَصَدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ الْوَصِيَّةِ، فَلَا يَثْبُتُ لِلْحَيِّ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ الْوَصِيَّةِ.

وَقَالَ فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ» (١): «وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ بِثُلْثِ مَالِي لِعَمْرٍو وَلِزَيْدٍ إِنْ كَانَ فَقِيرًا، يُنْظَرُ: إِنْ كَانَ زَيْدٌ وَقْتُ الْمَوْتِ فَقِيرًا؛ فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَقِيرًا أَوْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ؛ بَطَلَتْ حِصَّتُهُ، وَنَقَلَتْ إِلَى الْوَرِثَةِ، وَلِعَمْرٍو يَنْصُفُ الثُّلُثَ. وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: «أَوْصَيْتُ بِثُلْثِ مَالِي لِفُلَانٍ وَفُلَانٍ آخَرَ»، إِنْ كَانَ فِي الدَّارِ يُنْظَرُ: إِنْ كَانَ فِي الدَّارِ؛ فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا يَنْصُفُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَطَلَتْ حِصَّتُهُ، وَعَادَتْ إِلَى وَرِثَةِ الْمَيِّتِ، وَبَقِيَ يَنْصُفُ لَثُلُثٍ لِلْآخَرِ.

وَلَوْ قَالَ: «أَوْصَيْتُ بِثُلْثِ مَالِي (٢) لِفُلَانٍ وَبِعَصِيْبَةٍ»، فَإِنَّ الثُّلُثَ كُلَّهُ لِفُلَانٍ؛ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ إِلَى الْعَقَبِ لَا نَصْعُ؛ لِأَنَّهُمَا لَا تَجْتَمِعَانِ مَعَ أَبَدًا؛ لِأَنَّ الْعَقَبَ يَكُونُ بَعْدَهُ» (٣).

قَوْلُهُ: (وَإِنْ قَالَ: «تُلْتُ مَالِي بَيْنَ زَيْدٍ وَعَمْرٍو»، وَرَأَى مَيِّتٌ؛ كَانَ لِعَمْرٍو نِصْفُ الثُّلُثِ). وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْمَخْتَصَرِ» مَرَّ بِهَا أَيْضًا.

قَالَ فِي «شَرْحِ الطَّحَاوِيِّ» (٤): «لَوْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِفُلَانٍ، وَلِوَاحِدٍ مِنْ وَرِثَتِهِ، فَإِنْ أَجَازَ سَائِرُ الْوَرِثَةِ [فَالْثُلُثُ] (٥) يَكُونُ بَيْنَ فُلَانٍ وَالْوَارِثِ بَصْفَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يُجِزْ سَائِرُ الْوَرِثَةِ بَطَلَتْ لَوْصِيَّةُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ، وَبَقِيَ يَنْصُفُ الثُّلُثَ لِلْآخَرِ،

(١) ينظر شرح مختصر لطحاوي للأسيدي [٣١٦/و].

(٢) ينظر شرح مختصر لطحاوي للأسيدي [٣١٦/ق].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «و»، «ع»، «و»، «م»، «و»، «ر».

مَا تَقَدَّمَ، أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي لِزَيْدٍ وَسَكَتَ كَانَ لَهُ كُلُّ الثُّلُثِ، وَلَوْ قَالَ ثُلُثُ مَالِي بَيْنَ فُلَانٍ وَسَكَتَ لَمْ يَسْتَحِقَّ ثُلُثٌ.

غاية البيان

وَلَا يَكُونُ جَمِيعُ الثُّلُثِ لِلْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّهُ إِضَافَتُهُ إِلَى وَارِثِهِ صَحِيحَةٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَجَازَ سَائِرُ الْوَرَثَةِ جَازًا، فَقَدْ أَوْصَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنِصْفٍ، فَيَكُونُ لَهُ ذَلِكَ.

وَقَالَ فِيهِ أَيْضًا: «وَلَوْ أَنَّ الْمَرِيضَ أَقَرَّ بِمَالٍ لَوَاحِدٍ مِنْ وَرَثَتِهِ، وَلِلْأَجْنَبِيِّ كَمَا إِذَا أَقَرَّ لَهُمَا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، وَتَصَدَّقَ فِيمَا بَيْنَهُمَا بِالشَّرِكَةِ، فَبُنِيَ هَذَا الْإِقْرَارُ بِاطِّلَافٍ فِي حَقِّهِمَا جَمِيعًا، أَمَا فِي حَقِّ الْوَارِثِ فَلَا يُشْكِلُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَصِيَّةٌ وَلَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ، وَكَذَلِكَ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ وَاحِدٌ فَلَمْ يَحُوزْ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ، وَلِلْوَارِثِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ بِنِصْفٍ مَا أَقَرَّ، ثُمَّ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِذَلِكَ فِي الشَّرِكَةِ، ثُمَّ لِلْوَارِثِ أَنْ يَأْخُذَ فَيُؤَدِّيَ إِلَى جَوَازِ الْإِقْرَارِ لَهُمَا؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِقْرَارًا وَاحِدًا، فَإِذَا بَطَلَ فِي بَعْضِهِ بَطَلَ فِي كُلِّهِ.

وَإِذَا بَطَلَ الْإِقْرَارُ تَقَسَّمُ التَّرِكَةُ بَيْنَ الْوَرَثَةِ، فَمَا أَصَابَ هَذَا الْوَارِثُ الْمُقَرَّرَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ يُقَسَّمُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَجْنَبِيِّ إِلَى تَعَامٍ الْإِقْرَارِ، وَمَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ يَكُونُ لِلْوَارِثِ؛ لِأَنَّ مِنْ زَعْمِهِمَا أَنَّ هَذَا الْإِقْرَارَ دَيْنٌ عَلَى اسْمَيْتٍ، وَالَّذِينَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ هَذَا إِذَا تَصَادَقَا

وَلَوْ أَنْكَرَ الْأَجْنَبِيُّ الشَّرِكَةَ مَعَ الْوَارِثِ وَقَالَ: كَانَ لِي خُمْسٌ مِنْهُ عَلَى الْمَرِيضِ، وَلَا أَدْرِي أَكَانَ لِلْوَارِثِ، أَمْ لَا، وَالْوَارِثُ يُصَدِّقُهُ أَوْ يُكَذِّبُهُ، فَالْإِقْرَارُ بِاطِّلَافٍ أَيْضًا عِنْدَ أَبِي حَبِيبَةَ وَأَبِي يُونُسَ رحمهما الله، لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَمَّا نَطَلَ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا بَطَلَ فِي حَقِّ الْآخَرِ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِقْرَارًا وَاحِدًا.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمهما الله لَمَّا أَنْكَرَ الْأَجْنَبِيُّ شَرِكَةَ الْوَارِثِ، أَوْ تَكَادَبَا، فَإِنَّ الْإِقْرَارَ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ صَحِيحٌ، وَيَكُونُ لَهُ خُمْسٌ مِنْهُ، ثُمَّ إِذَا بَطَلَ الْإِقْرَارُ عَنْهُمَا؛ كَانَ

لما يتينا.

قال: وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثَلَاثَ غَنَمَةٍ، يَهْلِكُ الْغَنَمُ قَبْلَ مَوْتِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فِي الْأَصْلِ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ يُجَابُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُهُ حَيًّا، وَهَذِهِ الْوَصِيَّةُ تَعَلَّقَتْ بِالْعَيْنِ فَتَبْطُلُ بِفَوَاتِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَاسْتَعَادَ ثُمَّ مَاتَ فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصِحُّ، لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ بِلَفْظِ الْمَالِ تَصِحُّ، فَكَذَا إِذَا كَانَتْ بِاسْمِ تَوْعَةٍ، وَهَذَا لِأَنَّ وَجُودَهُ قَبْلَ الْمَوْتِ فَضْلٌ وَالْمُعْتَبَرُ

فِي تَحْدِيدِ الْمَالِ

قَوْلُهُ: (لِمَا يَتِينَا)، إشارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ عَقْدٌ اسْتَخْلَافٍ مُضَافٌ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثَلَاثَ غَنَمَةٍ، يَهْلِكُ الْغَنَمُ قَبْلَ مَوْتِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فِي الْأَصْلِ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِرِ «الْأَصْلِ»^(١)، ذَكَرَهَا تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ «الْمَخْتَصَرِ».

وَدَلَّكَ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ يُجَابُ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَيُعْتَبَرُ قِيَامُ مَا أَوْصَى بِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ.

قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسْبَغِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «شرح الكافي»: «وَلَمْ يَذْكُرْ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَاسْتَعَادَهُ، ثُمَّ مَاتَ، هَلْ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ؟ اِحْتَلَفَ مُشَابِهُنَا رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِيهِ، قَالَ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ قِيَامُهُ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَوُجُودُهُ قَبْلَ ذَلِكَ فَضْلٌ».

أَلَا تَرَى أَنَّ الْحُكْمَ فِيهِ هَذَا لَوْ كَانَ بِلَفْظِ الْمَالِ، فَكَذَا بِاسْمِ التَّوَعِ. يَعْنِي: لَوْ أَوْصَى الرَّحْلُ بِثَلَاثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ، فَهَذَا ذَلِكَ الْمَالُ، وَكَتَسَتْ مَا لَا آخَرَ، كَانَ ثَلَاثُ مَا اكْتَسَبَهُ لِلْمَوْصَى لَهُ، وَالْمَالُ: اسْمُ الْجَنْسِ، وَالْغَنَمُ: اسْمُ التَّوَعِ، فَفِيمَا ذَكَرَ بِاسْمِ

(١) سطر: «الأصل» المعروف بالمبسوط لمحمد بن الحسن لشيخنا [٤٣٤/٥]

لَوْ أَوْصَى بِشَاةٍ وَلَمْ يُضِفْهُ إِلَى مَالِهِ وَلَا غَنَمٍ قِيلَ لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْمُصَحَّحَ إِضَافَتُهُ إِلَى الْمَالِ وَيُدْوِنُهَا تُعْتَبَرُ صُورَةُ الشَّاةِ وَمَعْنَاهَا، وَقِيلَ تَصِحُّ لِأَنَّهُ لَمَّا ذَكَرَ الشَّاةَ وَلَيْسَ فِيهِ مِلْكُهُ شَاةٌ عَلِمَ أَنَّ مُرَادَهُ الْمَالِيَّةَ.

وَلَوْ قَالَ: شَاةٌ مِنْ غَنَمِي، وَلَا غَنَمَ لَهُ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَضَافَهُ إِلَى

غايه البيان

صَرَفْنَا الْأَسْمَ إِلَى الْمَعْنَى بِدَلَالَةِ الْإِضَافَةِ إِلَى مُطْلَقِ الْمَالِ، وَلَمْ تُؤْخَذْ هَذِهِ الْفَرِيقَةُ. [٥٢٠/٣] وَبَعْضُهُمْ قَالُوا: يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ مَتَى لَمْ يَكُنْ مَوْجُودًا يَكُونُ الْمُرَادُ مُطْلَقَ الْمَالِيَّةِ، فَيُعْطَى لَهُ شَاةٌ، أَوْ قِيَمَةُ شَاةٍ، فَيَصِيرُ كَقَوْلِهِ: شَاةٌ مِنْ مَالِي، وَلَا يَصِيرُ كَقَوْلِهِ: شَاةٌ مِنْ غَنَمِي، أَوْ قَفِيرٌ مِنْ حِنْطِي، حَيْثُ لَا يَثْبُتُ لَهُ الْوَصِيَّةُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ أَوْ حِنْطَةٌ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ إِلَى غَنَمِهِ أَوْ إِلَى حِنْطَتِهِ.

وَالِىَ هَذَا الْقَوْلُ ذَهَبَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ رحمته الله فِي [كِتَابِ] ^(١) «نُكَيْتِ الْوَصَايَا»، وَقَدْ ذَكَرَ فِي «السَّبْرِ الْكَبِيرِ» مَسْأَلَةَ تَوْثِيْقِ هَذَا الْوَجْهِ، وَهُوَ أَنَّ الْإِمَامَ إِذَا نَقَلَ سَرِيَّةً، فَقَالَ: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ جَارِيَةٌ مِنَ السَّبْيِ، وَفِي السَّبْيِ حَوَارٍ؛ يُعْطَى لِمَنْ قَتَلَ قَتِيلًا الْجَارِيَّةَ.

وَلَوْ قَالَ: فَلَهُ حَارِيَّةٌ، وَلَيْسَ فِي السَّبْيِ جَارِيَّةٌ؛ يُعْطَى لَهُ قَدْرُ مَالَتِهَا جَارِيَّةٌ، فَدَلَّ أَنَّ ذِكْرَ الشَّاةِ مُطْلَقًا وَمَقْبُودًا بِالْمَالِ سَوَاءٌ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فِي الْحَالِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: قَفِيرٌ حِنْطَةٍ مِنْ مَالِي أَوْ ثَوْبٌ مِنْ مَالِي.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ قَالَ: شَاةٌ مِنْ غَنَمِي، وَلَا غَنَمَ لَهُ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ)، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْأَصْلِ» ^(٢)، ذَكَرَهَا تَفْرِيْعًا أَيْضًا.

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «الْكَافِي»: «وَلَوْ قَالَ: شَاةٌ مِنْ غَنَمِي، أَوْ قَفِيرٌ مِنْ

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَيْنِ: زِيَادَةُ مِنْ: «ن»، وَ«ع»

(٢) بَطْنُ «الْأَصْلِ» الْمَعْرُوفِ بِالْعَبُودِ: لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الشَّامِيِّ [٤٣٤/٥].

الْعَنَمَ عَلَيْنَا أَنْ مَرَّادُهُ عَيْنُ الشَّاةِ حَيْثُ حَقَعَهَا جُزْءًا مِنَ الْعَنَمِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَصَافَهُ إِلَى الْمَالِ وَعَلَى هَذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ .

رحمته الله تعالى

حِطَّتِي ، ثُمَّ مَاتَ وَلَيْسَ لَهُ غَنَمٌ وَلَا جَنْطَةٌ ، قَالَ : فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ^(١) .

قَالَ فِي «شرح الكافي» : «لأنه لما أضاف إلى العنم ، عَلَيْنَا أَنْ مَرَّادُهُ الْوَصِيَّةُ بِعَيْنِ الشَّاةِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ جُزْءًا مِنَ الْعَنَمِ ، وَاتَّهَ بِضُلُوحِ جُزْءٍ بِلِغْنِمِ بَصُورَتِهِ ، وَمَعْنَاهُ : فَصَارَتِ الْوَصِيَّةُ بِشَيْءٍ مَعْدُومٍ ، وَلَا وُجُودَ لَهُ عِنْدَ الْمَوْتِ أَيْضًا ، فَلَا يَصِحُّ ^(٢) ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَصَافَ إِلَى مُطْلَقِ الْمَالِ» .

قَوْلُهُ : (وَعَلَى هَذَا يُخَرَّجُ كَثِيرٌ مِنَ الْمَسَائِلِ) .

قَالَ الْكَرْخِيُّ ^(٣) فِي «مختصره» ^(٤) : «قَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ أَبِي يُونُسَ ^(٥) فِي «نَوَادِرِهِ» : إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ فَقَالَ : لَزَيْدٍ شاةٌ مِنْ غَنَمِي ، أَوْ قَالَ : سَحْلَةٌ مِنْ نَحْلِي ، أَوْ قَالَ : جَارِيَةٌ مِنْ جَوَارِيٍّ ، وَلَمْ يَقُلْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ : مِنْ غَنَمِي [هذه] ^(٦) ، وَلَا جَوَارِيٍّ هَؤُلَاءِ ، وَلَا نَحْلِي هَذَا ، فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ فِي هَذَا تَقَعُ يَوْمَ يَمُوتُ الْمُوصِي ، وَلَا تَقَعُ يَوْمَ يَقْتَسِمُونَ .

وَلَوْ مَاتَ غَنَمُهُ تِلْكَ ، أَوْ بَاعَهَا فَاشْتَرَى مَكَانَهَا ، أَوْ مَاتَتْ جَوَارِيَّتُهُ فَاشْتَرَى غَيْرَهَا ، أَوْ بَاعَ النَّحْلَ فَاشْتَرَى غَيْرَهُ ؛ فَإِنَّ لِلْمُوصِي لَهُ سَحْلَةٌ مِنْ نَحْلِهِ يَوْمَ يَمُوتُ ، لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ يَوْمَ مَاتَ ، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ أَنْ يُعْطَوْهُ غَيْرَ ذَلِكَ ، وَلَكِنْ يُعْطَوْنَهُ أَيْ ذَلِكَ شَاءَ .

فَإِنْ وَلَدَتِ الْعَنَمُ قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ الْمُوصِي ، أَوْ وَلَدَتِ الْجَوَارِيُّ قَبْلَ مَوْتِ

(١) ينظر : «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥٤١] .

(٢) من هذا بدأ نقل من «شرح مختصر الكرخي» للعدوي [ق/٣٩٨ د م أ] .

(٣) ما بين المعقوفين زيادة من : «هذه» ، و«غ» ، و«نحله» ، و«م» ، و«نحوه» .

فَأَنْ أَوْصِي بِثُلْثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ، وَهُنَّ ثَلَاثٌ، وَلِلْمُقَرَّاءِ
وَالْمَسَاكِينِ، فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ مِنْ خَمْسَةِ أَسْهُمٍ.

«شرح الموعود»

موت الموصي من قبل آت بهما وحت له ذلك بدسوت عني ذلك لشيء بعينه.

فإن كان الموصي قد استعصى من الأولاد والشرقة شيئا، وكان ذلك بعد موت
الموصي، فإنه يبرمه ذلك له بموت قسسته إذا احتروا دفع شيء من ذلك، وقد
كان به بعد الموت، أو ثمة قد سبلكوها، غرموه

فإن قال: قد أوصيت بأحدى حواري هؤلاء، أو بشاة من عتبي هذه، فولدت
العتم والحواري بعد الموت، فلوثة أن يغطوه أي الحواري شاءوا، وأي العتم
شاءوا، وأي ذلك أغطوه، تبعه ونده، فإن أرسوا أن يغطوه من الأولاد دون
الأمهات، لَمْ يَكُنْ لَهُمْ ذَلِكَ

وإن ماتت الأمهات كنه إلا واحدة، كان خقه في هذه الواحدة خاصة عيبه
أن يدفعوها، فإن كان لها ولد تبعها ولدها.

وكذلك إن كانت بحلة تبعها ثمرتها، فإن ماتت الأمهات كلها، واحترق
البحل كنه وقد بقي له ثمة، فإن عني الوزنة أن يدفعوها إليه أي لمر التحل شاءوا
أندي أثمره لبحل بعد موت أبيهم، وأي الأولاد شاءوا، ولا تنطل وصيته
إلى هنا لمص الكرجي في «مختصر».

قوله، (قَالَ وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ، وَهُنَّ ثَلَاثٌ، وَلِلْمُقَرَّاءِ
وَالْمَسَاكِينِ، فَلَهُنَّ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ مِنْ خَمْسَةِ أَسْهُمٍ)، أي فإن محمد في «الجامع
الصغير».

ولفظ محمد فيه «عن يعقوب عن أبي خبيقة» في رجل أوصى بثلث

قال رحمه الله: وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ وَعَنْ مُحَمَّدٍ يُقَسَّمُ عَلَى سَبْعَةِ أَشْهُمٍ لَهُنَّ ثَلَاثَةٌ وَلِكُلِّ قَرِيبٍ سَهْمَانِ، وَأَصْلُهُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِأُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ جَائِزَةٌ وَالْفُقَرَاءُ وَالْمَسَاكِينُ جُنَّانٍ، وَقَسَرْنَا هُمَا فِي الرِّكَاعَةِ لِمُحَمَّدٍ رحمه الله - أَنَّ الْمَذْكُورَ

شاهد البيهقي

مَالِهِ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ ثَلَاثٌ، وَلِلْفُقَرَاءِ ^(١) وَالْمَسَاكِينِ، قَالَ: يُقَسَّمُ الثُّلُثُ عَلَى خَمْسَةِ أَشْهُمٍ، لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ ثَلَاثَةٌ [أَشْهُمٍ] ^(٢)، وَلِلْفُقَرَاءِ سَهْمٌ، وَلِلْمَسَاكِينِ سَهْمٌ ^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ الْخِلَافَ بَيْنَ أَصْحَابِنَا رحمهم الله.

وَقَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ رحمه الله فِي «[شرح] ^(١) الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «وَرُويَ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله فِي غَيْرِ هَذَا الْكِتَابِ: أَنَّهُ يُقَسَّمُ عَلَى سَبْعَةِ أَشْهُمٍ، سَهْمَانِ لِلْفُقَرَاءِ، وَسَهْمَانِ لِلْمَسَاكِينِ، وَالثَّلَاثَةُ لَهُنَّ» ^(٥).

وَجَهُّ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمه الله: أَنَّ الْفُقَرَاءَ [٥٢٨٦/٨] جَمْعٌ، فَكَذَلِكَ الْمَسَاكِينُ، وَاسْمُ الْجَمْعِ فِي بَابِ الْمِيرَاثِ يَتَنَاوَلُ الْاِثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَ لَكُمُ إِخْوَةٌ فَلِأَقْرَبِهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١٠]، وَيُخَيَّبُ ^(٦) الْاِثْنَانِ مِنْهُمْ فَصَاعِدًا الْأُمَّ مِنَ الثُّلُثِ إِلَى السُّدُسِ.

فَعَلِمَ: أَنَّ الْاِثْنَيْنِ لِهَمَا حُكْمُ الْجَمْعِ، فَلَمَّا كَانَ لِلْاِثْنَيْنِ حُكْمُ الْجَمْعِ فِي الْمِيرَاثِ؛ كَانَ لِهَمَا حُكْمُ الْجَمْعِ فِي الْوَصِيَّةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أُحْتُ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْصُلُ بِهِ الْمِلْكُ مَعَدَّ الْمَوْتِ، وَبَيْنَ الْفَقِيرِ وَالْمَسْكِينِ مُعَايِرَةٌ؛

(١) رفع في الأصل «للفقراء»، والمثبت من: «ن»، «ع»، «أ»، «م»، «و»، «ر».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «ع»، «أ»، «م»، «و»، «ر».

(٣) بظر «الجامع الصغير» مع السامع الكبير [ص ٥٢٠]

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، «ع»، «أ»، «م»، «و»، «ر».

(٥) بظر «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص ٦١١]

(٦) رفع في الأصل «يُخَيَّبُ» والمثبت من: «ن»، «ع»، «أ»، «م»، «و»، «ر».

نَقَطُ الْجَمْعِ وَأَذْنَاهُ فِي الصِّبْرَاتِ اثْنَانِ تَجِدُ ذَلِكَ فِي الْقُرْآنِ فَكَانَ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ ثَنَانٍ وَأَمْهَاتُ الْأَوْلَادِ ثَلَاثٌ فَلِهَذَا يُقَسَّمُ عَلَى سَبْعَةٍ.

بَابُ الْمَسْكِينِ

بَدَلِ الْعَطْفِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [النِّسَاءُ ٦٠]، لِأَنَّ الْعَطْفَ يَفْتَصِلُ الْمُعَابِرَةَ، لِأَنَّ [٢٠١] وَالشَّيْءَ لَا يُعْطَفُ عَلَى نَفْسِهِ، فَكَانَ لِلْفُقَرَاءِ سَهْمَانِ، وَلِلْمَسَاكِينِ سَهْمَانِ، وَأَمْهَاتُ الْأَوْلَادِ يُغْتَبَرُ فِيهِمْ عَدَدُ رءُوسِهِمْ، وَهُمْ ثَلَاثَةٌ، فَيَكُونُ لَهُمْ ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ، وَهَذَا لِأَنَّ عَدَدَهُمْ مُحْصُورٌ، بِخِلَافِ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، فَيَكُونُ الْكُلُّ سَبْعَةً.

وَلَا بِي حَقِيقَةٍ وَأَبِي يُوسُفَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّ الْفُقَرَاءَ ذَكَرَتْ بِلَامٍ التَّعْرِيفِ، وَكَذَلِكَ الْمَسَاكِينُ، وَلَامُ التَّعْرِيفِ يَرَادُ بِهِ لَجِنْسٍ إِذَا نَمَّ يَكُنْ ثَمَّةً مَعَهُودٌ، وَالْحِسُّ يَسْأَلُ الْأَدْنَى مَعَ حَتْمَالِ الْكُلِّ.

أَلَا تَرَى لِي قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ الْيَسَاءُ مِنْ نَعْدٍ﴾ [الْأَحْزَابُ ٥٢].

وَكَذَلِكَ مَنْ حَتَفَ لَا يَتَرَوَّحُ النِّسَاءُ؛ حَيْثُ سَكَحَ امْرَأَةٌ وَاحِدَةً، وَكَذَلِكَ مَنْ حَتَفَ لَا يُكَلِّمُ النَّاسَ؛ حَيْثُ بَكَلامٍ وَاحِدٍ.

وَكَذَلِكَ مَنْ حَتَفَ لَا يَشْتَرِي الثَّيَابَ بِقَعٍ عَلَى لَوْاحِدٍ، فَتَعْتَرُ مِنْ كُلِّ فَرِيقٍ مِنَ الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَاحِدٌ، وَأَمْهَاتُ الْأَوْلَادِ ثَلَاثَةٌ، فَيُقَسَّمُ الثَّلَاثُ عَلَى خَمْسَةِ أَشْهُمٍ، وَعَنِ هَذَا لَوْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِقُلَانِ وَالْمَسَاكِينِ، يَكُونُ نِصْفُهُ لِمَلَأٍ وَنِصْفُهُ لِلْمَسَاكِينِ.

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ: يُقَسَّمُ الثَّلَاثُ أَثْلَاثًا، ثُلُثُهُ لِقُلَانٍ وَثُلُثَاهُ لِلْمَسَاكِينِ.

قَوْلُهُ: (وَأَذْنَاهُ فِي الصِّبْرَاتِ)، اخْتَرَهُ بِهِ عَنْ فَضْلِ الرَّكَاهِ؛ لِأَنَّهُ ثَمَّةٌ رِيذٌ بِالْجَمْعِ^(١) الْوَاحِدُ بِإِحْمَاعٍ بَيْنَ أَصْحَابِهَا عَلَيْهِ السَّلَامُ، كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَتُ

(١) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ: «بِهِ الْجَمْعُ»، وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «فَنَ»، وَ«وَالْمَثْبُوتُ»، وَ«وَالْمَثْبُوتُ»، وَ«وَالْمَثْبُوتُ».

ولهما أنَّ الجُمعَ المُحلَّى بالألف واللام يَرادُ بِهِ الجِنسُ ، وَأَنَّهُ يَتَّوَلَّى
الأدنى مَعَ احْتِمَالِ الكُلِّ ، لَا سِيَّما عِنْدَ تَعَدُّ صَرْفِهِ إِلَى الكُلِّ فَيُعْتَبَرُ مِنْ كُلِّ
مَرِيْقٍ وَاحِدٍ فَبَلَغَ الحِسَابُ خُمُسَةَ وَالثَّلَاثَةَ لِثَلَاثٍ .

قَالَ (وَلَوْ أَوْصَى بِثَلَاثَةِ لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ^(١) وَلَوْ أَوْصَى لِلْمَسَاكِينِ لَهُ صَرْفُهُ

غاية البیان

لِلْفَقْرَاءِ وَالْمَسْكِينِ ﴿ التوبة : ٦٠ ﴾ .

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أَبِي يُوْسُفَ رحمته : أَنَّهُ جَعَلَ الْفَقِيرَ وَالْمَسْكِينِ وَاحِدًا

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ» . «قَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ : سَمِعْتُ أَبَا يُوْسُفَ رحمته :
فِي رَجُلٍ أَوْصَى بِثَلَاثِ مَالِهِ لِلْبَائِسِ وَالْفَقِيرِ وَالْمَسْكِينِ ، قَالَ - وَهَذَا فِي قَوْلِ أَبِي
حَنِيفَةَ رحمته - : الثَّلَاثُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَجْرَاءٍ ، لِلْبَائِسِ ، وَهُوَ الصَّرِيرُ الَّذِي بِهِ الزَّمَانَةُ إِذَا
كَانَ مُحْتَاجًا ، وَافْقِيرٌ ، وَهُوَ ٨٠ ٢٨٧ م الْمُحْتَاجُ الَّذِي لَا يَطُوفُ بِالْأَبْوَابِ ،
وَالْمَسْكِينِ ، وَهُوَ : الَّذِي يَسْأَلُ وَيَطُوفُ .

وَقَالَ أَبُو يُوْسُفَ رحمته : هُوَ عَلَى حَزَائِنٍ ، الْفَقِيرُ وَالْمَكْسُورُ وَاحِدٌ ، وَالْبَائِسُ وَاحِدٌ .

وَقَالَ مُعَلَّى فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَنْ أَبِي يُوْسُفَ : هُوَ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته
عَلَى ثَلَاثَةٍ : لِلْبَائِسِ مِنْهُمْ سَهْمٌ ، وَلِلْفَقِيرِ سَهْمٌ ، وَلِلْمَسْكِينِ سَهْمٌ ، وَفِي قَوْلِي^(٢) عَلَى
اِثْنَيْنِ : لِلصَّرِيرِ صَاحِبِ الزَّمَانَةِ سَهْمٌ ، وَلِلْفَقِيرِ وَالْمَسْكِينِ سَهْمٌ^(٣) . إِلَى هَذَا لَفْظُ
الْكَرْخِيِّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ» .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَلَوْ أَوْصَى بِثَلَاثَةِ لِفُلَانٍ ، وَلِلْمَسَاكِينِ ، فَيُصْفُهُ لِفُلَانٍ ، وَيُصْفُهُ

(١) راد بعده في (ط) وفي نسخ غاية البیان «فصعه لفلان ووصيه للمساكين عديهما وعد محمد ثلثه
لفلان وثلثاه للمساكين» .

(٢) وقع في الأصل «قول» ، والمثبت من «ن» ، و«٢٥» ، و«ع» ، و«م» ، و«ار»

(٣) ينظر : «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠١ / داماد] .

ولو أوصى للمساكين له صرقة إلى مسكين واحد عندهما، وعنده لا يصرف
إلا إلى مسكينين بناء على ما بيّناه

قال ومن أوصى لرجل بمئة درهم، ولآخر بمئة، ثم قال لآخر قد
أشركك معهما، فله ثلث كل مئة؛ لأن الشركة للمساواة لعة، وقد أمكن إثباته

«خاتمة البيان»

للمساكين عندهما، وعد محمد... ثلثة لفلان، وثلثاه للمساكين، أي. قال
محمد في «الجامع الصغير»^(١).

وهذا بناء على ما قلنا في المسألة المتقدمة وهو أن المجتمع في باب الميراث
يسأل الاثنى، فيكون للمساكين ثلثا الثلث عند محمد... وثلث الثلث لفلان.
وعندهما: اللام للحس لعدم العهد، وإذناه لواحد، فيكون النصف من
الثلث للمساكين.

قال شمس الأئمة الشرخسي... وأصل هذا فيما إذا أوصى بثلثه للمساكين
عند أبي حنيفة وأبي يوسف... للوصي أن يصرف الجميع إلى مسكين واحد.
(٥٢١/٢) وعند محمد... ليس له أن يصرف إلا إلى مسكينين فصاعداً.

قوله (قال. ومن أوصى لرجل بمئة درهم، ولآخر بمئة، ثم قال لآخر قد
أشركك معهما، فله ثلث كل مئة). أي قال في «الجامع الصغير»: «محمد عن
يعقوب عن أبي حنيفة... في الرجل يوصي للرجل بمئة درهم، ثم يوصي لآخر
بمئة درهم وصيبتين متفرقتين، ثم يقول لآخر قد أشركك فيما أوصيت لهما به،
قال: له ثلث كل مئة منهما»... إلى هنا لفظ أصل «الجامع الصغير»، وذلك لأن
الشركة تقتضي لمساواة؛ لقوله تعالى: «فإن كانوا أكثر من ذلك فهم

(١) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه اسافع الكبير | ص/ ٥٢٠ |.

(٢) ينظر: المصدر السابق.

قال: ومن قال بفلانٍ عليّ دينٌ، فصدَّقوه. معناه: قال ذلك لورثته، فإنه يُصدَّق إلى الثُلث وهذا استِحسانٌ.

غاية البيان

من كُلٍّ واحدٍ منهما، وفي قياس قول أبي حنيفة عليه السلام: له من كُلٍّ واحدةٍ منهما يضمُّها؛ لأنه لا يرى قسمة الرقيق، فصار بمنزله وصيتين مختلفتين، وأبو يوسف ومحمد عليهما السلام يريان قسمة الرقيق، فصار كأنه أوصى بالآلف لهذا، وبالآلف لهذا، ثم أشرك ثالثاً بينهما. كذا قال الفقيه أبو الثيب عليه السلام في «شرح الجامع الصغير»، وهذه المسائل من الخواص.

قوله: (عملاً باللفظ)، أي: بقوله: (أشركت).

قوله: (قال ومن قال بفلانٍ عليّ دينٌ، فصدَّقوه معناه قال ذلك لورثته، فإنه يُصدَّق إلى الثُلث)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورته فيه: «محمدٌ عن يعقوب عن أبي حنيفة عليه السلام في الرجل تحضره الوفاة، يقول لورثته: إن فلاناً عليّ دينٌ، فصدَّقوه فيما قال ثم يموت، قال: يُصدَّق فيما بينه وبين الثُلث»^(١).

قال صاحب «الهداية» عليه السلام: (وهذا استِحسانٌ. وفي القياس: لا يُصدَّق).

وجه القياس [٥٢٢/٣]: أنه أقرَّ بدينٍ مجهولٍ لا يعرف قدره، ولا يمكن الحكم به. لا بالبيان، وأمره بالتصديق محالٌ للشرع؛ لأنه أمرٌ بتصديق المدعي من غير حجة، فلا يُعتبر.

وجه الاستِحسان: أن المقرَّ قصد بهذا الكلام تقديم فلانٍ على الورثة، وهو ما بُدِّل لذلك في الثُلث بطريق الوصية، وهذا لأنه قد يعرف أصل الحق دون مقداره، فيسعى في [٥٨٨/٨م] تخلص ذمته عنه، فيجعل ذلك وصيةً يكون تقديرها

والقياس ألا يصدق؛ لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحاً لكنه لا
يُحكّم به إلا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفاً للشرع لأن المدعي لا يصدق
إلا بحجة فعذر إثباته إقراراً مطلقاً فلا يُعتبر، وجه الإسخسان أنا نعلم أن من
قضيه تقيمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قضيه بطريق الوصية وقد يحتاج إليه
من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره سعياً منه في تفرغ دمه فبجعلها وصية
جعل التقدير فيها إلى الموصي له كأنه قال إذا جاءكم فلان وادعى شيئاً فأعطوه
من مالي ما شاء، وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون الزيادة.

في غايه البيان

إلى الموصي له يقدرها بما شاء.

فكأنه قال: إذا جاءكم فلان وادعى من مالي فأعطوه ما شاء، ولو كان هكذا
صح كلامه، ويكون إيفاده من الثلث لا غير، فكذا هذا لأنه وصية، والوصية
جوازها في الثلث.

قال في «الجامع الصغير»: «فإن كان أوصى مع ذلك بوصايا، عزل الثلث
لأصحاب الوصايا، والثلاثين للورثة، وقيل لأصحاب الثلث: أقرؤا له بما شئتم،
وقيل للورثة: أقرؤا له بما شئتم، فيؤخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقرؤا، والورثة
بثلثي^(١) ما أقرؤا^(٢)».

ودلك لأن حق أصحاب الوصايا معلوم، وهو الثلث، وحق الورثة أصلاً
معلوم، وهو الثلثان، فأما حق هذا الرجل لسر بدني معلوم، ولا وصية معلومة،
نكته دين في حق المستحق، وصية في حق التنفيذ.

فإذا أقرؤنا الثلث والثلاثين قلنا: إن في التركة ديناً شائعاً في المصيبين، في

(١) ومع في الأصل. «ثلث»، والمثبت من «٢٦٥»، و«م».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير» مع النافع الكبير [ص/ ٥٢٢].

(وَإِذَا عَزَلْ يُقَالُ لِأَصْحَابِ الْوَصَايَا صَدَّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ وَيُقَالُ لِلْوَرَثَةِ صَدَّقُوهُ فِيمَا شِئْتُمْ) لِأَنَّ هَذَا دَيْنٌ فِي حَقِّ الْمُسْتَحِقِّ وَصِيَّةٌ فِي حَقِّ التَّنْفِيدِ ، فَإِذَا أَقْرَأَ كُلُّ فَرِيقٍ بِشَيْءٍ طَهَرَ أَنْ فِي التَّرَكَةِ دَيْنًا شَائِعًا فِي النَّصِيبَيْنِ (فَيُؤْخَذُ أَصْحَابُ الثُّلُثِ بِثُلُثِ مَا أَقْرَأُوا وَانْوَرَثَهُ بِثُلُثِي مَا أَقْرَأُوا) تَنْفِيزًا لِإِقْرَارِ كُلِّ فَرِيقٍ فِي قَدْرِ حَقِّهِ وَعَلَى كُلِّ فَرِيقٍ مِنْهُمَا التَّيَمُّنُ عَلَى الْعِلْمِ إِنْ ادَّعَى الْمُقْرَأُ لَهُ رِيَادَةً عَلَى ذَلِكَ لِأَنَّهُ يَخْلُفُ [عَلَى] ^(١) مَا جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ .

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ ؛ فَلِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الْوَصِيَّةِ ، وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَمْلِكُ الْإِبْصَاءُ بِهِ وَبِمَا لَا يَمْلِكُ فَصَحَّ فِي الْأَوَّلِ

عَنْهُ لِيَبْدَأَ

عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ ، فَلَا يَخْلُفُ عَلَى الْبَنَاتِ

قَوْلُهُ (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلِوَارِثِهِ ، فَلِلْأَجْنَبِيِّ نِصْفُ الْوَصِيَّةِ ، وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ) ، أَيُّ: قَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَصُورَتُهَا فِيهِ: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا أَوْصَى لَوَارِثٍ وَلِأَجْنَبِيٍّ بِوَصِيَّةٍ ؛ جَازَتْ وَصِيَّةُ الْأَجْنَبِيِّ ، وَبَطُلَتْ وَصِيَّةُ الْوَارِثِ» ^(١) . إِلَى مَا لَعِظَ أَضِلَّ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِبْصَاءَ إِنِشَاءً تَصَرُّفٌ ، وَابْتِدَاءٌ إِيحَابٌ ، فَيَصَحُّ فِي حَقِّ مَنْ يَسْحِقُهُ ، وَلَا يَصَحُّ فِي حَقِّ مَنْ لَا يَسْحِقُهُ ، وَلَا يَبْطُلُ حَقُّ أَحَدِهِمَا بِبُطْلَانِ حَقِّ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الشَّرَكَةَ بَيْنَهُمَا مِنْ ^(٢) حُكْمِ الْإِيحَابِ ، وَقَدْ نَعَزَ [٥٢٢] الْإِيحَابُ ^(٣) فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَتَعَذَّرَ الْإِيحَابُ فِي حَقِّ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءٌ وَتَصَرُّفٌ .

(١) ليس بالأصل .

(٢) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [٥٢٢] .

(٣) وقع في الأصل: «أو» ، والمثبت من: «أو» ، و«أو» ، و«أو» ، و«أو» .

(٤) وقع في الأصل: «حكم الإيحاب» ، والمثبت من: «أو» ، و«أو» ، و«أو» ، و«أو» .

وَلَا وَجْهَ إِلَى اثْبَاتِهِ يَدُونِ هَذَا الْوَصْفِ لِأَنَّهُ جَلَّافٌ مَّا أَخْبَرَ بِهِ، وَلَهَا إِلَى اثْبَاتِ الْوَصْفِ لِأَنَّهُ يَصِيرُ الْوَارِثُ فِيهِ شَرِيكًا وَلِأَنَّهُ لَوْ قَبِضَ [٢٨٩/١] الْأَجْنَبِيُّ شَيْئًا كَانَ لِيُورِثَ أَنْ يُشَارِكُهُ فَيَبْطُلَ فِي ذَلِكَ الْقَدَرِ ثُمَّ لَا يَزَالُ يَقْبِضُ وَيُشَارِكُهُ الْوَارِثُ حَتَّى يَبْطُلَ الْكُلُّ فَلَا يَكُونُ مُفِيدًا وَفِي الْإِنْشَاءِ حِصَّةُ أَحَدِهِمَا مُمْتَازَةٌ عَنْ حِصَّةِ الْآخَرِ بَقَاءً وَبُطْلَانًا.

غاية البيان

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته فِي «الكَافِي»: «وَإِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بَعْدَهُ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ وَلِأَجْنَبِيٍّ، جَارَتْ حِصَّةُ الْأَجْنَبِيِّ، وَبَطَلَ حِصَّةُ الْوَارِثِ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ وَلِلْأَجْنَبِيِّ» (١).

وَقَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَنْسَبِيُّ رحمته فِي «شرح الكافي»: «وَمِنْ النَّاسِ مَنْ قَالَ: تُصَرَّفُ الْوَصِيَّةُ كُلُّهَا إِلَى الْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّ الْقَاتِلَ وَالْوَارِثَ لَا يَصْلُحُ مُسْتَحِقًّا، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَوْصَى لِخَيٍّ وَمَيِّتٍ».

قَالَ: «وَالصَّحِيحُ [٢٨٩/٨] مَا قَالَ فِي الْكِتَابِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ أَوْ لِلْقَاتِلِ لَيْسَ بِبَاطِلَةٍ، وَلِهَذَا يَجُوزُ بِإِحَارَةِ الْوَرِثَةِ، فَإِذَا أَصَافَ إِلَهُمَا انْقَسَمَ عَلَيْهَا، ثُمَّ بَطَلَ بِالرَّدِّ فِي حَقِّ أَحَدِهِمَا، وَبَقِيَ فِي حَقِّ (٢) الْآخَرِ بِحِصَّتِهِ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ بَعْدَهُ، ثُمَّ رَدَّ أَحَدُهُمَا أَوْ مَاتَ، لَمْ يَكْمُلْ حَقُّ الْآخَرِ، كَذَا هَذَا.

وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لَوَارِثٍ وَأَجْنَبِيٍّ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ [أَيْضًا، لِأَنَّ الصَّحَّةَ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ] (٣) تُؤَدِّي إِلَى الْفَسَادِ، وَفِي الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ فِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ؛ لَشَارَكَهُ الْوَارِثُ، ثُمَّ بَطَلَ فِي حِصَّتِهِ، ثُمَّ بُشِّرَكَهُ، ثُمَّ تَبَطَّلَ حِصَّتُهُ.

(١) بطر: «الكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [٥٤٣/١].

(٢) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ: «حِصَّة»، وَالْمَعْنَى مِنْ «لَنْ»، وَ«لَا»، وَ«لَا»، وَ«لَا»، وَ«لَا»، وَ«لَا».

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُولَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «لَنْ»، وَ«لَا»، وَ«لَا»، وَ«لَا»، وَ«لَا».

ومن كان له ثلاثة أثواب: حسنة، ووسطى، ورديّة، فأوصى بكل واحد
لرّجل، فصاع ثوب، ولا يدري أيها هو، والورثة يخخذ ذلك، فأوصى باطله

«الجامع الصغير»

فلما يراد هكذا إلى أن ينظر الله، وفي الإحصاء - وهو الاستثناء - لا يأتى هذا، لأن
خصّة أحدهما مُستازة عن الآخر بساءة وطلاناً أنفي انتهى الوصيّة صحيحة في
حقّ الأخيبي، وتبطل في حقّ الوارث.

تولّه: (قال. ومن كان له ثلاثة أثواب: حسنة، ووسطى، ورديّة، فأوصى بكل
واحد لرجل، فصاع ثوب، ولا يدري أيها هو، والورثة يخخذ ذلك، فأوصى
باطلة)، أي. قال في «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «محمّد بن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه: في رجل أوصى
لثلاثة نفر، فقال: لقلاي هذا الثوب الجيّد، ولقلاي رجل آخر هذا الثوب الأوسط،
ولقلاي رجل آخر هذا الثوب ٥٢٣ الرديّة، ثم مات الموصي، ثم هلك واحد
من الثلاثة الأثواب، لا يدري أيها هلك، ولورثة تجحد، قال الوصيّة باطله، إلا
أن تقوّن الورثة: قد سلّمنا هذين لثوبين، فيفسدونها على قدر وصاياهم، فإد
قالوا ذلك فإن لصاحب الجيّد ثلثي هذا الجيّد، ولصاحب الأوسط ثلثي هذا
الأوكس، ولصاحب الأوسط ثلث هذا الجيّد الذي بقي ٥٢٣، وثلث هذا
الأوكس ٥٢٤» أي هنا لفظ أصل «الجامع الصغير».

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: المراد بهذا: أن الورثة يخحدون بقاء حق
كل واحد منهم بعينه، ويقرّون حقّ واحد منكم باطل، ولا يدري من بطل حقه،
ومن بقي حقه، وإنما تطلّت الوصيّة، لأنّ الموصي له صار مجهولاً، وجهان:

(١) وقع في الأصل «أبهم»، والمثبت من «ن»، و«٢٤»، و«ع»، و«٢٦»، و«٥».

(٢) ما بين المعنيتين زيادة من «ن»، و«ع»، و«٢٤»، و«٢٦»، و«٢٨»، و«٥».

(٣) ينظر «الجامع الصغير مع مجمع الكبير» | ص ٥٢٢ - ٥٢٣ |

وَمَعْنَى جُحُودِهِمْ أَنْ يَقُولَ الْوَارِثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِعَيْنِهِ الثَّوْبُ الَّذِي هُوَ
حَقُّكَ قَدْ هَلَكَ فَكَانَ الْمُسْتَحَقُّ مَجْهُولًا وَجَهَالَتُهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الْقَضَاءِ وَتَحْصِيلَ
الْمَقْصُودِ قَبْطَلٍ.

﴿نماية الباري﴾

الموصي له تَمْنَعُ صِحَّةُ الْوَصِيَّةِ ، كما لو أوصى لأحدِ هذينِ الرجلينِ بكذا .

فَإِنْ قَالَتْ الْوَرِثَةُ : سَلَّمْنَا لَكُم هَذَيْنِ [٢٨٩ ط ٨] الثَّوْبَيْنِ ، فَاقْسِمُوا بَيْنَكُم صَخَ ؛
لأنَّ الْوَصِيَّةَ كَانَتْ صَحِيحَةً ، وَإِنَّمَا تَطَلَّتْ بِجَهَالَةِ طَارِئَةٍ تُرْجَبُ مُنَازَعَةً ، وَهِيَ تَحْتَمِلُ
الزَّوَالَ بِالتَّسْلِيمِ مِنَ الْوَرِثَةِ ، فَإِذَا سَلَّمُوا صَحَّتِ الْوَصَايَا ، وَعَادَتْ إِلَى الصَّحَّةِ ، وَكَانَ
لصَاحِبِ الْجَيِّدِ ثُلُثًا الْجَيِّدِ الَّذِي بَقِيَ ، وَلصَاحِبِ الرَّدِيِّ ثُلُثًا الرَّدِيِّ الَّذِي بَقِيَ .

ولصَاحِبِ الْوَسْطِ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الثَّوْبَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ ؛ لأنَّ صَاحِبَ الرَّدِيِّ
لَا حَقَّ لَهُ فِي لَجِيْدٍ بَيَقِيْنٍ ؛ لأنَّ الْجَيِّدَ الْبَاقِيَّ إِنَّمَا وَسَطٌ ، أَوْ جَيِّدٌ فِي الْوَاقِعِ . وَلَا
حَقَّ لَصَاحِبِ الرَّدِيِّ فِيهِمَا ، وَصَاحِبُ الْجَيِّدِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الرَّدِيِّ بَيَقِيْنٍ ؛ لأنَّ
الرَّدِيَّ الْبَاقِيَّ إِنَّمَا وَسَطٌ ، أَوْ رَدِيٌّ فِي الْوَاقِعِ ، وَلَا حَقَّ لَصَاحِبِ الْجَيِّدِ فِيهِمَا .

وَإِنَّمَا الْمُسْكِلُ حَقُّ صَاحِبِ الْوَسْطِ ؛ لأنَّ الثَّوْبَ الْهَالِكَ إِنْ كَانَ أَرْفَعَ مِنْ
هَذَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ ؛ كَانَ حَقُّ صَاحِبِ الْوَسْطِ فِي الْجَيِّدِ الْبَاقِي ، وَإِنْ كَانَ أَرْدَا مِنْ
الْبَاقِيَيْنِ كَانَ حَقُّهُ فِي الرَّدِيِّ الْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ وَسَطٌ فِي الْوَاقِعِ ، فَتَرَدَّدُ حَقُّهُ فِي الثَّوْبَيْنِ
تَعَلَّقَ بِهَذَا مَرَّةً ، وَبِالْآخِرِ مَرَّةً .

وَحَقُّ صَاحِبِ الْجَيِّدِ وَصَاحِبِ الرَّدِيِّ لَا يَتَرَدَّدُ ، فَلِهَذَا جُعِلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا حَقٌّ مُتَعَيَّنٌ فِي أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ ، وَجُعِلَ لَصَاحِبِ الْوَسْطِ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ
الثَّوْبَيْنِ ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الثَّوْبَيْنِ فِي حَالِ بَقَاءِ حَقِّهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَسَطًا ، فَلَمْ
يَتَعَيَّنْ حَقُّهُ فِي أَحَدِ الثَّوْبَيْنِ ، بَلْ تَفَرَّقَ حَقُّهُ فِيهِمَا ، فَأَخَذَ ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .

قَوْلُهُ : (وَتَحْصِيلُ الْمَقْصُودِ) ، أَيُ : جَهَالَةُ الْمُسْتَحَقِّ تَمْنَعُ تَحْصِيلَ مَقْصُودِ

إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ الْوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ ، فَإِنْ سَلَّمُوا زَالَ الْمَانِعُ وَهُوَ الْجُحُودُ
فَيَكُونُ لِصَاحِبِ الْجَيْدِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الْأَخْوَدِ ، وَلِصَاحِبِ الْأَوْسَطِ ثُلُثُ الْجَيْدِ
وَتُلُثُ الْأَذْوَرِ فَتَبَتْ الْأَذْوَنُ ، وَلِصَاحِبِ الْأَذْوَنِ ثُلُثَا الثَّوْبِ الْأَذْوَرِ (لِأَنَّ
صَاحِبَ الْجَيْدِ لَا حَقَّ لَهُ فِي الرَّدِيِّ بَيِّقِينَ ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ وَسْطًا أَوْ رَدِيًّا
وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا ، وَصَاحِبَ الرَّدِيِّ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْجَيْدِ لِبَاقِي بَيِّقِينَ ، لِأَنَّهُ إِمَّا
أَنْ يَكُونَ جَيْدًا أَوْ وَسْطًا وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِمَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الرَّدِيُّ هُوَ
الرَّدِيُّ الْأَصْلِيُّ فَيُعْطَى مِنْ مَحِلِّ الْإِحْتِمَالِ ، وَإِذَا ذَهَبَ ثُلُثَا الْجَيْدِ وَثُلُثَا الْأَذْوَرِ
لَمْ يَتَقَ إِلَّا ثُلُثُ الْجَيْدِ وَثُلُثُ الرَّدِيِّ فَيَتَعَيَّنُ حَقُّ صَاحِبِ الْوَسْطِ فِيهِ بِعَيْنِهِ
ضُرُورَةً .

قَالَ : وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، فَأَوْصَى أَحَدُهُمَا بِبَيْتٍ بِعَيْنِهِ لِرَجُلٍ ؛
فَرِنَتْهَا تُقْسَمُ ، فَإِنْ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي ؛ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ عِنْدَ أَبِي
يُوسُفَ وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ نِصْفُهُ لِلْمُوصَى لَهُ .

عَنْ أَبِي الْمُبَارَكِ

المُوصِي ، وَهُوَ إِتِمَامُ عَرْضِهِ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ الْوَرَثَةُ الثَّوْبَيْنِ الْبَاقِيَيْنِ) ، أَيُّ : قَالَ فِي «الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ» ^(١) ، وَهَذَا اسْتِثْنَاءٌ مِنْ قَوْلِهِ : (قَالَوَصِيَّةٌ بَاطِلَةٌ) ، وَالْبَسَاءُ مَرَّ مُسْتَوْفَى

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ ، فَأَوْصَى أَحَدُهُمَا بِبَيْتٍ بِعَيْنِهِ
لِرَجُلٍ ؛ فَرِنَتْهَا تُقْسَمُ ، فَإِنْ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي ؛ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ^{رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا} .

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ^{رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ} : نِصْفُهُ لِلْمُوصَى لَهُ .

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/ ٥٢٣]

وَأِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ؛ فَلِلْوَصِيِّ لَهُ مِثْلُ ذَرْعٍ يَصِفُ الْبَيْتَ^(١)، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: مِثْلُ ذَرْعٍ يَصِفُ الْبَيْتَ^(٢) أَنَّهُ أَوْصَى

غَايَةُ الْبَيَانِ

وَأِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ؛ فَلِلْوَصِيِّ لَهُ مِثْلُ ذَرْعٍ يَصِفُ الْبَيْتَ، وَهَذَا [٤٥٢٣] عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: مِثْلُ ذَرْعٍ يَصِفُ الْبَيْتَ^(٣)، أَيِ قَالَ [مُحَمَّدٌ]^(٤) فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله: فِي دَارِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، أَوْصَى أَحَدُهُمَا بَيْتَ بَعِثِهِ لِرَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ، قَالَ: إِذَا قُسِّمَ الدَّارُ، فَإِنْ [٢/١٩٠/٨] وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمَيِّتِ؛ كَانَ الْبَيْتُ لِمَا حِبِ الرُّصْبَةِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ؛ كَانَ لِمَا حِبِ الرُّصْبَةِ مِثْلُ ذَرْعٍ الْبَيْتُ كُنْهُ وَمَا أَصَابَ الْوَصِي الْمَيِّتَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: لَهُ يَصِفُ الْبَيْتَ إِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الَّذِي أَوْصَى بِهِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ؛ كَانَ لَهُ مِثْلُ نِصْفِ ذَرْعِهِ»^(٥) إِلَى هُنَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَحُجَّةُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمه الله: أَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَمْلِكُهُ، وَسَمَا لَا يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّ ابْنَ مَشْرُكٍ بَنَتْهُ وَسَيَّرَ صَاحِبَهُ، فَتَنَقُّدُ الرُّصْبَةُ بِمَا يَمْلِكُهُ، وَهُوَ نَصِيبُهُ، وَلَا تَنَقُّدُ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ، وَهُوَ نَصِيبُ صَاحِبِهِ.

غَايَةُ مَا فِي الْبَابِ أَنَّهُ يَمْلِكُ الْبَيْتَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ إِذَا وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِهِ، وَلَكِنْ الْقِسْمَةُ مُبَادِلَةٌ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْبَيْتَ بَدَلًا عَنْ نَصِيبِهِ مِمَّا فِي يَدِ صَاحِبِهِ، فَلَا تَنَقُّدُ

(١) فِي الْأَصْلِ: «الثَلَاثُ».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «قَالَ مُحَمَّدٌ مِثْلُ ذَرْعٍ الْبَيْتُ لَهُ» وَالْمَعْنَى مِنْ سَحْ غَايَةُ الْبَيَانِ

(٣) يُنْظَرُ «لِغَايَةِ شَرْحِ الْهَدَايَةِ» [٤٥٦/١٠]، «إِبْنُ أَبِي شَرْحِ الْهَدَايَةِ» [٤٣٤/١٣]، «تَكْمِلَةُ فَتْحِ الْقَدِيرِ» [٤٥٦/١٠].

(٤) مَا بَيْنَ الْمَعْرُوفَيْنِ: زَيْدَةُ مِنْ: «لَا»، وَ«غَ»، وَ«تُ»، وَ«لَرَّ».

(٥) يُنْظَرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ/مَعَ السَّامِعِ الْكَبِيرِ» [ص، ٥٢٣].

بِمِلْكِهِ وَبِمِلْكِ غَيْرِهِ، لِأَنَّ الدَّرَ بِجَمِيعِ أَحْرَانِهَا مُشْتَرَكَةٌ فَيَنْقُذُ الْأَوَّلُ وَيُوقِفُ
الْقَائِي، وَهُوَ أَنَّ مِلْكَهُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْقِسْمَةِ الَّتِي هِيَ مُبَدَّلَةٌ لَا تَنْقُذُ الْوَصِيَّةَ السَّالِفَةَ.

﴿شَاهِدُ الْبَيْتِ﴾

الْوَصِيَّةُ السَّابِقَةُ فِي الْمِلْكِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ فِي الْمَوْصِي بِهِ، كَمَا إِذَا أَوْصَى
بِمِلْكِ الْعَبْدِ، ثُمَّ مَلَكَهُ بَوَاحٍ مِنَ الْوَحْوَةِ، حَيْثُ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا،
ثُمَّ إِذَا وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي؛ يَأْخُذُ الْمُوصِي بِهِ يَصْفُ الْبَيْتَ؛ لِأَنَّهُ قَدْزُ
مَا يَمْلِكُ^(١) إِيصَاءَهُ فِي عَيْنِ الْبَيْتِ.

وَإِنْ وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ؛ يَأْخُذُ الْمُوصِي لَهُ مِنْ نَصِيبِ الْمُوصِي
مِقْدَارَ دَرَجِ نَصِيبِ الْبَيْتِ؛ نَفِيزًا لِلْوَصِيَّةِ فِي بَدَلِ الْمَوْصِي [لَهُ]^(٢) بِهِ عِنْدَ تَعْدِيرِ
الْأَصْلِ، كَمَا إِذَا قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَوْصِي بِهِ خَطَأً؛ تَنْقُذُ الْوَصِيَّةُ فِي بَدَلِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا
بَاعَ الْمُوصِي الْعَبْدَ، حَيْثُ لَا تَتَعَلَّقُ الْوَصِيَّةُ بِثَمَنِهِ؛ لِأَنَّ النَّيْعَ دَلِيلُ الرَّجُوعِ، فَتَبْطُلُ
الْوَصِيَّةُ أَصْلًا، وَلَا تَبْطُلُ بِالْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِدَلِيلٍ عَلَى الرَّجُوعِ.

وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا: أَنَّ إِيْجَابَ الْوَصِيَّةِ فِي الْبَيْتِ تَسَاوَى مِلْكُ الْمُوصِي عَلَى
الِاحْتِمَالِ؛ لِأَنَّ الْحَالَ مُتَرَدِّدٌ وَقْتَ الْإِيصَاءِ بَيْنَ أَنْ يَقَعَ هَذَا الْبَيْتُ فِي نَصِيبِهِ، وَبَيْنَ
أَنْ يَقَعَ فِي نَصِيبِ شَرِيكَهِ، فَيَتَوَقَّفُ حُكْمُ الْوَصِيَّةِ عَلَى الْقِسْمَةِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ وَصِيَّةً
بِمَا يَسْتَقِرُّ مِلْكُهُ بِالْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُوصِي عَلَى اعْتِدَارِ الْقِسْمَةِ هُوَ الْمِلْكُ التَّامُّ
الْكَامِلُ الْمُتَمَتِّعُ بِهِ؛ لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ بِالْمُشَاعِ قَاصِرٌ

وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْمُوصِي قَصَدَ الْإِيصَاءَ بِالْمِلْكِ الْكَامِلِ اسْتِفَاعُهُ، فَصَارَ كَالِ
الْمَوْصِي قَدْ: هَذَا الْبَيْتُ لِفُلَانٍ إِنْ وَقَعَ فِي قِسْمِي، وَإِنْ لَمْ يَقَعْ [فِي قِسْمِي]^(٣) فَلَهُ

(١) وَقَعَ فِي الْأَصْلِ، إِيصَاءَهُ، وَالْمَعْنَى مِنْ «إِيْصَاءَهُ» وَ«إِيْصَاءَهُ» وَ«إِيْصَاءَهُ» وَ«إِيْصَاءَهُ».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُولَتَيْنِ زِيَادَةٌ مِنْ «لَهُ» وَ«لَهُ».

(٣) مَا بَيْنَ الْمَعْقُولَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ «لَهُ» وَ«لَهُ» وَ«لَهُ» وَ«لَهُ».

كَمَا إِذَا أَوْصَى بِمِلْكٍ غَيْرِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، ثُمَّ إِذَا اقْتَسَمُوهَا وَوَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ^(١) صَاحِبِهِ لَهُ مِثْلُ ذَرْعٍ يَصُفُّ الْبَيْتَ تَنْفِيدًا لِلْوَصِيَّةِ فِي بَدَلِ الْمُوصَى بِهِ

عنه لبيان

مِثْلُ ذَلِكَ، وَلَوْ أَنَّهُ أَفْصَحَ بِذَلِكَ [٢٩٠/٨]؛ فَهوَ مِثْلُ ذَلِكَ إِذَا لَمْ يَقَعْ فِي قِسْمِهِ^(٢)، نَكَدَ هُنَا.

تَحْقِيقُهُ: أَنَّ الْقِسْمَةَ إِفْرَازٌ وَتَعَسُّسٌ لِلْمِلْكِ أَيْنًا وَجَدَتْ، إِلَّا أَنَّ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فِي الْأَشْيَاءِ الْمُتَمَاوِنَةِ غَالِبٌ، وَالْأَجْرَاءُ هَاهُنَا مُتَمَاوِنَةٌ، فَاحْتِجَ إِلَى الْقَضَاءِ، أَوْ إِرْصَا لِيَلْحَقَ بِمَا لَا يَتَمَاوَنُ أَجْزَاؤُهُ، وَمَا أَلْحَقَ بِذَلِكَ بِالتَّرَاصِي، أَوْ الْقَضَاءِ الَّذِي هُوَ وَاجِبٌ لِحُضُورَةِ تَكْمِيلِ الْمَنْمُوعَةِ؛ بَقِيَ فِي ذَلِكَ شُبْهَةُ الْمُبَادَلَةِ، فَوَجَبَ الْعَمَلُ بِالشُّبْهَةِ فِيمَا يَخْتَصُّ بِالشُّبْهَةِ لَا غَيْرَ، وَهُوَ بَيْعٌ لِمُرَاحَةِ حَتَّى لَمْ تَكُنْ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مُرَاحَةً.

وَلَمَّا كَانَ أَصْلُ الْقِسْمَةِ إِفْرَازًا؛ صَارَ الْبَيْتُ غَيْرَ حَقِّ الْمُوصَى بِهِ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي، فَيَجِبُ إِنْفَاقُ الْوَصِيَّةِ [٢٩١/٢] فِي ذَلِكَ، وَإِذَا لَمْ يَقَعْ فِي نَصِيبِهِ؛ صَارَ غَيْرُ حَقِّهِ، فَيَجِبُ لَهُ مِثْلُ ذُرْعَانِ الْبَيْتِ حَقًّا لَهُ مِمَّا وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي، لِأَنَّ مِثْلَ ذُرْعَانِ الْبَيْتِ عَوَضُ الْبَيْتِ.

أَوْ لِأَنَّ مُرَادَ الْمُوصِي مِنَ الْوَصِيَّةِ بِالْبَيْتِ الْمُشْتَرِكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِهِ: التَّقْدِيرُ لِدُرْعَانِهِ عَلَى أَنْ يَكُونَ لِلْمُوصَى لَهُ مِنْ مِلْكِهِ ذَلِكَ الْقَدْرُ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِهِ، وَهُوَ تَمْيِذُ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ لَا يَحْصُلُ إِذَا أُريدَ بِهِ التَّمْيِيزُ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَقَعُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، وَلَكِنْ إِذَا وَقَعَ الْبَيْتُ فِي نَصِيبِ الْمُوصِي يَتَعَيَّنُ الْبَيْتُ لِمَنْفَعَتِهِ الْوَصِيَّةِ؛ لَوْجُودِ مَعْنَى التَّقْدِيرِ وَتَمَلُّكِ بَعْدِهِ خَمِيعًا.

وَإِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ، يَجِبُ مِثْلُ ذُرْعَانِهِ؛ لِإِمْكَانِ مَعْنَى التَّقْدِيرِ.

(١) رادبعده في (ط): «الموصي تنفذ الوصية في غير الموصى به وهو نصف البیت وإن وقع في نصيب»

(٢) وقع في الأصل: «القسمه ذلك»، واستثبت من «٥٨»، و«١٢»، و«٥٨»، و«٥٨»، و«٥٨».

عِنْدَ قَوَاتِهِ كَلْجَارِيَةِ الْمُوصِي بِهَا إِذَا قُتِلَتْ خَطَأً تَعْدُ الْوَصِيَّةُ فِي بَدَلِهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ الْعَبْدُ الْمُوصِي بِهِ حَيْثُ لَا تَتَعَلَّقُ الْوَصِيَّةُ بِشَمْنِهِ ،

﴿ غَايَةُ تَبَيَانِ ﴾

وَتَعْدَرُ التَّمْلِيكَ بَعْتَهُ ، أَوْ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ أَرَادَ بِذِكْرِ الْبَيْتِ التَّقْدِيرَ بِهِ عَلَى اعْتِبَارِ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ ، وَهِيَ فِيمَا إِذَا وَقَعَ الْمَوْتُ فِي نَصِيبِ شَرِيكِهِ ، وَالتَّمْلِيكَ بَعْتَهُ عَلَى اعْتِبَارِ الْجِهَةِ الْأُخْرَى ، وَهِيَ فِيمَا إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ .

كَمَا إِذَا عَتَقَ عَتَاقَ الْوَلَدِ وَطَلَّاقَ الْمَرَأَةِ بِأَوَّلِ وَلَدٍ تَلِدُهُ الْأُمُّ ، فَقَالَ : إِذَا وَلَدْتُ أَمْتِي أَوَّلَ وَلَدٍ ؛ فَهُوَ حُرٌّ وَأَنْتِ طَالِقٌ ، تَكُونُ الْمَرَادُ فِي حِزَاءِ الطَّلَاقِ مُطْلَقَ الْوَلَدِ حَتَّى تُطْلَقَ الْمَرَأَةُ بِوَلَادَةِ الْوَلَدِ ، كَيْفَ كَانَ حَيًّا أَوْ مَيِّتًا ، لِأَنَّ مُطْلَقَ الْوَلَدِ يَصْلُحُ حِزَاءً لِلطَّلَاقِ ، وَهِيَ جِرَاءُ الْعِتْقِ يَكُونُ الْمَرَادُ وَلَدًا حَيًّا ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَسَ بِمَحَلٍّ لِلْعِتْقِ حَتَّى إِذَا وَلَدَتْ مَيِّتًا ، ثُمَّ وَلَدَتْ حَيًّا يَعْتَقُ الْحَيُّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله جَلَاءً لِهَمَّا ؛ وَقَدْ صُرِّفَ فِي «الْمُخْتَلَفِ» ^(١) .

ثُمَّ إِذَا وَقَعَ الْبَيْتُ فِي (١/٢١٨) نَصِيبِ غَيْرِ الْمُوصِي ، وَلِدَارُ مِثْلَ ذِرَاعٍ ، وَالْبَيْتُ مِنْهَا عَشْرَةُ أَذْرُعَ ، يُقَسَّمُ نَصِيبُ الْمُوصِي ، وَهُوَ خَمْسُونَ ذِرَاعًا بَيْنَ الْمُوصِي لَهُ وَالْوَرَثَةِ عَلَى عَشْرَةِ أَشْهُمٍ ، عِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمته الله . تِسْعَةُ أَشْهُمٍ مِنْهَا لِوَرَثَةِ . وَمَنْهُمْ لِلْمُوصِي لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُجْعَلُ كُلُّ حِمْسَةٍ أَذْرُعَ سَهْمًا ، وَخَمْسَةُ أَذْرُعَ يَصْفُ الْبَيْتَ ، وَهُوَ لِلْمُوصِي لَهُ ، وَالْبَاقِي مِنَ يَصْفُ الدَّارَ ، وَهُوَ خَمْسَةُ وَأَرْبَعُونَ ذِرَاعًا لِلْوَرَثَةِ

وَعِنْدَهُمَا : يُقَسَّمُ نَصِيبُ الْمُوصِي بَيْنَ الْمُوصِي لَهُ وَالْوَرَثَةِ عَلَى أَحَدِ عَشْرِ سَهْمًا ؛ فَالْمُوصِي لَهُ يَضْرِبُ بِالْعَشْرِ ، وَالْوَرَثَةُ بِخَمْسَةٍ وَأَرْبَعُونَ ، فَيُجْعَلُ كُلُّ خَمْسَةِ سَهْمًا ، فَيَصِيرُ أَحَدَ عَشَرَ سَهْمًا ، لِلْمُوصِي لَهُ سَهْمَانِ ، وَلِلْوَرَثَةِ تِسْعَةُ أَشْهُمٍ . كَذَا قَالَ فَحَرُّ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ وَغَيْرُهُ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير» .

(١) «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [ص / ١٠٨٧ ، ١٠٨٨] .

لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالْإِقْدَامِ عَلَى التَّبِيعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَلَا تَبْطُلُ بِالْقِسْمَةِ.

غاية البيان

بيانه: أن الإيجاب لِمَا صَحَّ، وهو مُتَاوِلٌ لِلْبَيْتِ، وهو عشرة أَذْرُعٍ مِنَ الدَّارِ، وإذا وَقَعَتِ الْعَشْرَةُ مِنَ الْمِثَّةِ؛ تَبَقَّى تِسْعُونَ بَيْنَ الشَّرِيكَيْنِ، لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ، فَيَكُونُ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ لَوَرَثَةِ الْمُوصِي، وعشرةٌ لِلْمُوصَى لَهُ، ذُ صُمِّتَ إِلَى خَمْسَةٍ وَأَرْبَعِينَ يَصِيرُ خَمْسَةٌ وَخَمْسِينَ، فَيُجْعَلُ كُلُّ حَمْسَةٍ مِنْهُمَا، فَيَصِيرُ أَحَدُ عَشَرَ سَهْمًا، وهذا بيانٌ كَلَامِهِمْ.

ولنا فيه نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ عَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ: كَانَ يَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ نَصِيبُ شَرِيكِ الْمُوصِي خَمْسَةً وَأَرْبَعِينَ ذِرَاعًا، فَيَنْقُصُ بِذَنْ مِنْ نَصِيبِهِ خَمْسَةٌ أَذْرُعٌ؛ لِأَنَّ نَصِيبَهُ مِنْ جَمِيعِ الدَّارِ خَمْسُونَ ذِرَاعًا كَامِلًا، وَقَدْ نَقَصَ لَخَمْسَةٍ^(١)، فَلَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ يَلْزَمُ تَمْلِيكَ الْمُوصِي بِثَلَاثِ شَرِيكِهِ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ.

وأيضًا^(٢) إذا كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمَانِ مِنَ [٣٠٧٤ ط] أَحَدِ عَشَرَ؛ يَنْقُصُ نَصِيبُهُ لَا مُحَالَةً؛ لِأَنَّ سَهْمَيْنِ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ أَقْلٌ مِنْ سَهْمٍ مِنْ خَمْسَةٍ، وَأَيْضًا يَرْدَادُ حَقُّ الْوَرَثَةِ أَيْضًا سَهْمًا؛ لِأَنَّ لَهُمْ مَا وَرَاءَ قَدْرِ السَّيِّ مِنْ نَصِيبِ الْمُوصِي، وَنَصِيبُهُ خَمْسُونَ ذِرَاعًا، وَدُبِعَ لِلْمُوصَى لَهُ عَشْرَةٌ مِنْ نَصِيبِهِ، فَبَقِيَ أَرْبَعُونَ، وَهُمْ أَحْذُوا خَمْسَةَ أُخْرَى.

وقال بعضُ المشايخ رحمهم الله: يُقْسَمُ نَصِيبُ الْمُوصَى بَيْنَ الْمُوصَى لَهُ وَالْوَرَثَةِ عَلَى خَمْسَةِ أَشْهُمٍ، عِنْدَهُمَا؛ فَالْعَشْرَةُ أَذْرُعٌ لِلْمُوصَى لَهُ، وَالْأَرْبَعُونَ ذِرَاعًا لِلْوَرَثَةِ، فَيُخْعَلُ كُلُّ عَشْرَةٍ سَهْمًا، وَهَذِهِ الْقِسْمَةُ أَصَحُّ عِنْدِي.

قوله: (لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَبْطُلُ بِالْإِقْدَامِ عَلَى التَّبِيعِ عَلَى مَا بَيَّنَّا)؛ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَ قَبْلَ بَابِ الْوَصِيَّةِ بِثَلَاثِ أَمْوَالٍ عَدَّ قَوْلُهُ: (وَإِذَا صَرَخَ [٨، ٢٩ ط م] بِالرُّجُوعِ، أَوْ فَعَلَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ؛ كَانَ رُجُوعًا).

(١) وقع في الأصل «الحمس»، والمثبت من: «ال» و«٢٢»، و«غ» و«م» و«ل» و«ر».

(٢) وقع في الأصل «أيضًا»، والمثبت من: «ال» و«٢٢»، و«غ» و«م» و«ل» و«ر».

وَلَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَسْتَقَرُّ مِلْكُهُ فِيهِ بِالْقِسْمَةِ، لِأَنَّ الطَّاهِرَ أَنَّهُ يَقْضِي
الْإِبْصَاءَ بِمِلْكٍ مُنْتَفِعٍ بِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ وَذَلِكَ يَكُونُ بِالْقِسْمَةِ، لِأَنَّ الْإِنْتِفَاعَ
بِالْمُشَاعِ قَاصِرٌ وَقَدْ اسْتَقَرَّ مِلْكُهُ فِي جَمِيعِ الثِّبَتِ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ فَتَقْضَى الْوَصِيَّةُ
فِيهِ، وَمَعْنَى الْمُسَادَلَةِ فِي هَذِهِ الْقِسْمَةِ تَابِعٌ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ الْإِفْرَازُ تَكْمِيلًا
لِلْمُنْتَفَعَةِ وَلِهَذَا يُخْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ فِيهِ، وَعَلَى [٢٨٩ ط] غَيْبَارِ الْإِفْرَازِ بِصِيرٍ كَأَنَّ
الثِّبَتَ مِلْكُهُ مِنَ الْإِبْدَاءِ.

وَبِنِ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ تَنْفُذٌ فِي قَدْرِ ذُرْعَانِ جَمِيعِهِ مِمَّا وَقَعَ فِي
نَصِيبِهِ، إِنَّمَا؛ لَأَنَّهُ عَوُضُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، وَلِأَنَّ مُرَادَ الْمُوصِي مِنْ ذِكْرِ الثِّبَتِ
التَّقْدِيرُ بِهِ تَحْصِيلًا لِمَقْصُودِهِ مَا تَمَكَّنَ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ الثِّبَتُ إِذَا وَقَعَ فِي نَصِيبِهِ
جَمْعًا بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ التَّقْدِيرِ وَالتَّمْلِيكِ، وَبِنِ وَقَعَ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ عَمِلْنَا
بِالتَّقْدِيرِ، أَوْ لِأَنَّهُ أَرَادَ التَّقْدِيرَ عَلَى اعْتِبَارِ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَالتَّمْلِيكِ بِعَيْنِهِ عَلَى
اعْتِبَارِ لَوْحِهِ الْآخِرِ، كَمَا إِذَا عَنَقَ عِتْقَ الْوَلَدِ وَطَلَّاقَ الْمَرْأَةِ بِأَوَّلِ وَلَدٍ تَلِدُهُ أُمُّهُ،
فَالْمُرَادُ فِي حَزَاءِ الطَّلَاقِ مُطْلَقُ الْوَلَدِ وَفِي الْعِتْقِ وَلَدٌ حَيٌّ ثُمَّ إِذَا وَقَعَ الثِّبَتُ فِي
نَصِيبِ غَيْرِ الْمُوصِي وَالذَّارُ مِائَةُ ذِرَاعٍ وَالثِّبَتُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ يُقَسَّمُ نَصِيبُهُ بَيْنَ

﴿ غَايَةُ سَادَ ﴾

قَوْلُهُ: (لِأَنَّهُ عَوُضُهُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ)، إِشَارَةٌ إِلَى [قَوْلِهِ: (تَنْفُذُ)]^(١) الْوَصِيَّةِ فِي
نَدَائِهَا.

قَوْلُهُ: (وَلِهَذَا يُخْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ فِيهِ)، إِضْحَاحٌ لِمَوْلِهِ (وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ
الْإِفْرَازَ)، وَذَلِكَ لِأَنَّ فِي انْدَارِ الْوَاحِدَةِ الْمُخْتَلِفَةِ الثَّبُوتِ تُقَسَّمُ قِسْمَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ
فِي تَفْرِيقِهَا ضَرَرًا، بِخِلَافِ الدُّورِ حَيْثُ يُقَسَّمُ كُلُّ وَاحِدَةٍ عَلَى جِدَةٍ، لَا قِسْمَةً
وَاحِدَةً عِنْدَ أَبِي حَبِيفَةَ رحمته الله خِلَافًا لَهُمَا، وَقَدْ مَرَّ فِي الْقِسْمَةِ.

(١) وقع في الأصل 'تنفذ'، والمثبت من 'أن'، و'لأف'، و'لأع'، و'لأع'، و'لأع'.

الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم: تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وعند محمد فيضرب للموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم ينصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهمًا فيصير عشرة، وعندهما ينقسم على أحد عشر سهمًا لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة، ولو كان مكان الوصية إقرار، قيل: هو على الخلاف، وقيل لا خلاف فيه لمحمد.

ولفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح، حتى إذا من أقر بملك الغير بغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له، والوصية بملك الغير لا تصح، حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ.

— رحمه الله —

قوله: (ولو كان مكان الوصية إقرار، قيل: هو على خلاف)، يعني: لو كان الدارين شريكين، فأقر^(١) أحدهما ببيت بعيته لواحد، فنقسم الدار أولاً، فإن وقع البيت في نصيب المقر؛ سلم إلى المقر له، وإن وقع في نصيب الشريك؛ يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر بمثل ذراع البيت، وكذلك لو أقر بطريق أو حائط معلوم، كذا في «الشامل».

وعند محمد رحمه الله: يضرب المقر له بنصف ذراع البيت.

وقيل: لا خلاف في مسألة الإقرار، بل قول محمد فيه كقولهما، فجعل فقر الإسلام في «شرح الجامع الصغير» عدم الخلاف هو الأصح؛ لأن من أقر بما لا يملكه، ثم ملكه صح بخلاف الوصية؛ لأن من أوصى بما لا يملكه، ثم ملكه بوجه من الوجوه؛ لا تنفذ وصيته فيه.

(١) ومع في الأصل «إقرار»، والبحث من «ن»، و«٢»، و«ع»، و«م»، و«ر».

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى مِنْ مَالِ رَجُلٍ لِأَخَرٍ بِأَلْفٍ بِعَيْنِهِ، فَأَجَازَ صَاحِبُ الْمَالِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، فَإِنْ دَفَعَهُ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ؛ لِأَنَّ هَذَا تَبَرُّعٌ بِمَالِ الْغَيْرِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَإِذَا أَجَازَ يَكُونُ تَبَرُّعًا مِنْهُ أَيْضًا فَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ التَّسْلِيمِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ وَأَحَازَتْ الْوَرَثَةُ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي مَخْرَجِهَا صَحِيحَةٌ لِمُصَادِفَتِهَا مِلْكَ نَفْسِهِ وَالِامْتِنَاعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ، فَإِذَا أَحَازُوهَا سَقَطَ حَقُّهُمْ فَتَقَدَّ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي.

قَالَ: وَإِذَا اقْتَسَمَ الْإِبْنَانِ تَرَكَةَ الْأَبِ أَلْفًا، ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ أَنَّ الْأَبَ أَوْصَى لَهُ بِثُلْثِ مَالِهِ؛ فَإِنَّ الْمُقَرَّرَ يُعْطِيهِ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ وَهَذَا اسْتِخْصَانٌ وَالْقِيَاسُ

عامة الميراث

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى مِنْ مَالِ رَجُلٍ لِأَخَرٍ بِأَلْفٍ بِعَيْنِهِ، فَأَجَازَ صَاحِبُ الْمَالِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، فَإِنْ دَفَعَهُ، فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ)، أَيُّ: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١)، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْمَوْقُوفَ إِذَا لَحِقَتْهُ الْإِحَارَةُ صَارَ مُصَافًا إِلَى الْمُجِيزِ، فَإِذَا أُصِيفَ إِلَيْهِ صَارَ ذَلِكَ هِبَةً مِنْهُ، وَالْهِبَةُ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ، فَإِنْ مَنَعَهُ بَعْدَ الْإِجَازَةِ كَانَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، بِخِلَافِ مَنْ أَوْصَى بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ، فَأَحَازَتْ الْوَرَثَةُ، حَيْثُ يَجُوزُ بغيرِ تَسْلِيمٍ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي مَخْرَجِهَا صَحِيحَةٌ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مَالِ نَفْسِهِ، إِلَّا أَنْ تَعْلُقَ حَقَّ الْوَرَثَةِ بِمَالِهِ كَانَ مَا بَعْدَ اللَّفَازِ فِي الزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ، فَمِمَّا أَحَازُوا سَقَطَ حَقُّهُمْ فَتَقَدَّتْ وَصِيَّتُهُ فِي مَالِهِ، كَانَ لَا وَاِرْثَ لَهُ أَصْلًا. وَقَدْ مَرَّ فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الْوَصَايَا: أَنَّ كُلَّ مَا جَازَ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ يَتِمَّلُكُهُ الْمُجَازُ لَهُ مِنْ قِبَلِ الْمُوصِي عِنْدَنَا خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا اقْتَسَمَ الْإِبْنَانِ تَرَكَةَ الْأَبِ أَلْفًا، ثُمَّ أَقَرَّ أَحَدُهُمَا لِرَجُلٍ أَنَّ الْأَبَ أَوْصَى لَهُ بِثُلْثِ مَالِهِ؛ فَإِنَّ الْمُقَرَّرَ يُعْطِيهِ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ)، أَيُّ: قَالَ فِي «الْجَامِعِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع لسان الكبير» [ص/ ٥٢٣].

أَنْ يُعْطِيَهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِالثُّلْثِ لَهُ تَضَمُّنٌ إِقْرَارُهُ بِمُسَاوَاتِهِ إِيَّاهُ، وَالتَّسْوِيَةُ فِي إِعْطَاءِ النِّصْفِ لِيَبْقَى لَهُ النِّصْفُ. [٢٩٠/١]

وَجَهُ الْإِسْتِحْسَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِثُلْثٍ شَائِعٍ فِي التَّرَكَةِ وَهِيَ فِي أَيْدِيهِمَا فَكُونَ مُقَرًّا بِثُلْثٍ مَا فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِدَيْنٍ لِغَيْرِهِ لِأَنَّ الدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ فَيَكُونُ مُقَرًّا بِتَقْدِيمِهِ فَيَقْدَمُ عَلَيْهِ، أَمَّا الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلْثِ شَرِيكَ لَوَارِثٍ فَلَا يُسَلَّمُ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَهُ، وَلِأَنَّهُ لَوْ أَحَذَ مِنْهُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَرَتَّمَا يُقَرَّرَ الْإِبْنُ الْآخَرُ بِهِ أَيْضًا فَيَأْخُذُ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ فَيَصِيرُ نِصْفُ تَرَكَةِ قَبْرَادُ عَلَى الثُّلْثِ.

غاية البيان

[٥١٥/٣] الصغير.

وصورتها في أصل [٢٩٢/٨ م] «الجامع الصغير»: «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام فِي الرَّجُلِ يَمُوتُ وَيَتْرُكُ الْفَيْنَ وَوَارِثَيْنِ، فَأَحَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَارِثَيْنِ أَلْمًا، ثُمَّ غَابَ أَحَدُهُمَا، فَأَقَرَّ الْحَاضِرُ لِرَجُلٍ أَنَّ الْمَيِّتَ أَوْصَى لَهُ بِالثُّلْثِ، قَالَ: بِأَخْذٍ مِنْهُ ثُلْثٌ مَا فِي يَدِهِ»^(١).

قالوا: وهذا استحسان، وكان إقياس - وهو قول زُفَرٍ -: أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ.

قال في «التقريب»: «وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ عليه السلام: سَمِعْتُ ابْنَ أَبِي عِمْرَانَ يَقُولُ: سَمِعْتُ ابْنَ سَمَاعَةَ يَزِيدِي عَنْ أَبِي يَوْسُفَ عليه السلام: أَنَّهُ بِأَخْذٍ مِنَ الْمُقَرَّرِ نِصْفَ مَا فِي يَدِهِ، وَكَذَلِكَ رَوَى الْحَسَنُ عَنْ زُفَرٍ عليه السلام، وَهُوَ إْقْيَاسٌ؛ لِأَنَّ فِي زَعْمِ الْمُقَرَّرِ: أَنَّ الْمَالَ بَيْنَهُمْ أَثْلَاقًا، وَنَصِيبُ الْمُوصَى لَهُ وَنَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَنَيْنِ سَوَاءٌ، فَمِمَّا أَنْكَرَ أَحَدُهُمَا، أَوْ غَابَ؛ حِيلَ كَانَ نَصِيبُهُ لَمْ يَكُنْ، فَيُقَسَّمُ الْبَاقِي بِنِصْفَيْنِ بَيْنَهُمَا؛

(١) ينظر: المصدر السابق [٥٢٣/٥٢٤].

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ، قَوْلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَلَدًا، وَكِلَاهُمَا يَخْرُجَانِ مِنَ الثُّلُثِ؛ فَهُمَا لِلْمُوصِي لَهُ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ دَخَلَتْ فِي الْوَصِيَّةِ أَصَالَةً وَالْوَلَدُ تَمَعًا حِينَ كَانَ مُتَّصِلًا بِالْأُمِّ، فَإِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَالتَّرِكَةِ قَتَلَهَا مُنْقَاةً عَلَى مِثْلِ الْمَيِّتِ حَتَّى يَقْضَى بِهَا دِيُونُهُ دَحَلَ فِي الْوَصِيَّةِ فَيَكُونَانِ

﴿لِغَايَةِ الْبَيِّنَاتِ﴾

لِأَنَّ نَصِيَّتَهُمَا سَوَاءٌ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ الْبَيْتَةَ، وَالْآخِرُ غَائِبٌ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُ مِنْهُ بِنِصْفِ مَا فِي يَدِهِ، فَكَذَا هَذَا. [كذا] ^(١) قَالَ الْعَقِيَّةُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله فِي «شَرْحِهِ».

وَجْهُ الاستِحْسَانِ: أَنَّ الْوَصِيَّةَ نَقَاذُهَا مِنَ الثُّلُثِ، فَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ بِنِصْفِ مَا فِي يَدِهِ، مَرَّتَيْنِ أَقَرَّ الْإِبْنُ الْآخِرُ لِرَجُلٍ آخَرَ بِمِثْلِ ذَلِكَ، فَيَأْخُذُ بِنِصْفِ مَا بَقِيَ، فَتَصِيرُ الْوَصِيَّةُ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِذَا كَانَ يُؤَدِّي إِلَى هَذَا؛ وَجَبَ إِلَّا يُؤْخَذَ إِلَّا ثُلُثٌ مَا فِي يَدِهِ، وَلَيْسَ كَالْبَيْتَةِ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَةَ تَجُوزُ عَلَيْهِمَا حَمِيْعًا، وَلَا يُؤَدِّي إِلَى الزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلُثِ، وَلِأَنَّ الْمُقَرَّرَ أَقَرَّ لَهُ بِحَقِّ شَائِعٍ فِي التَّرِكَةِ بِنِصْفِهِ فِيمَا فِي يَدِهِ، وَبِنِصْفِهِ فِيمَا فِي يَدِ الْآخِرِ، فَلَا جَرَمَ يَأْخُذُ لِمُقَرَّرٍ لَهُ مِنْهُ ثُلُثٌ مَا فِي يَدِهِ، فَلَا يُلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي لَهُ شَرِيكُ الْوَارِثِ، لَا يَسْلَمُ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا وَأَنْ يَسْتَمَ لِلْوَارِثِ ضِعْفُهُ.

وهذا بخلاف ما لو أَقَرَّ أَحَدُ الْإِبْنَيْنِ بَدَنِيًّا؛ فَإِنَّهُ يَقْضَى لِلْمُقَرَّرِ لَهُ بِكُلِّ الدَّيْنِ مِنْ نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَسَّ بِحُرَّةٍ شَائِعٍ، بَلْ هُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ، أَلَا تَرَى أَنَّ نَصِيبَ الْغَائِبِ يُجْعَلُ كَالهَالِكِ، وَلَوْ كَانَ هَالِكًا كَانَ حَقُّ الْمُوصِي لَهُ فِي ثُلُثِ الْبَاقِي، وَحَقُّ الْغَرِيمِ فِي كُلِّهِ، فَكَذَلِكَ فِي مَسَائِدِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجَارِيَةٍ، قَوْلَدَتْ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي وَلَدًا، وَكِلَاهُمَا يَخْرُجَانِ مِنَ الثُّلُثِ؛ فَهُمَا لِلْمُوصِي لَهُ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْمُورَتَيْنِ رِيَادَةً مِنْ (١٥)، وَ(١٦)، وَ(١٧)، وَ(١٨)، وَ(١٩)، وَ(٢٠).

لِلْمُوصِي لَهُ.

(وَإِنْ لَمْ يَخْرُجَا مِنَ الثُّلُثِ ضَرَبَ بِالثُّلُثِ وَأَخَذَ مَا يَخُصُّهُ مِنْهُمَا جَمِيعًا فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

غاية البيان

«مختصره»، وتماثله فيه: «وإن لم يخرجَا من الثُّلُثِ؛ ضَرَبَ بِالثُّلُثِ، فأخذ ما يخصُّه منهما جميعًا في قول أبي يوسف [٥٢٩٧/٨] ومحمد عليه السلام. وقال أبو حنيفة عليه السلام: يأخذ ذلك من الأم، فإن فضل شيء أخذ من الولد»^(١).

وقال محمد عليه السلام في «الجامع الصغير»: «عن يعقوب عن أبي حنيفة عليه السلام: في رجل له ست مئة درهم، وله أمة تساوي ثلاث مئة درهم، ولَا مال له غير ذلك، وأوصى لرجل بجاريته، ثم مات، ثم ولدت الجارية ولدًا يساوي ثلاث مئة قس القسمة؛ فللموصى له الجارية وثُلث ولديها. وقال أبو يوسف ومحمد عليه السلام: للموصى له ثلثا الجارية، وثُلث ولديها، وإن كانوا اقتسموا وأخذ الوارثة الست مئة، والموصى له الجارية، ثم ولدت؛ فالولد للموصى له»^(٢). إلى ها لفظ أصل «الجامع الصغير».

وإنما كان الولد والأم جميعًا للموصى له [٥٢٥٥/٣] إذا خرجَا من الثُّلُثِ؛ لأنَّ ما يَخْدُثُ مِنَ لَنَمَاءِ قَلِّ الْقِسْمَةِ يَخْدُثُ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمُوصِي؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ تُقْصَى مِنْهُ دِيُونُهُ، وَتَنْقُذُ وَصَايَاهُ، فَتَنْقُذُ الْوَصِيَّةُ بِالثُّلُثِ فِيهِمَا جَمِيعًا فِي الْأُمِّ أَصَالَةً، وَفِي الْوَلَدِ تَبَعًا؛ لِاتِّصَالِهِ بِالْأُمِّ.

وإن لم يخرجَا من الثُّلُثِ ضَرَبَ لِلْمُوصِي لَهُ بِالثُّلُثِ فِيهِمَا، فَيُعْطَى لَهُ الثُّلُثُ مِنْهُمَا جَمِيعًا مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَصُفُّ الثُّلُثِ، وَهَذَا قَوْلُهُمَا.

(١) ينظر: «مختصر القسوري» [ص/ ٢٤٤]

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٤].

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَأْخُذُ ذَلِكَ مِنَ الْأُمِّ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ أَخَذَهُ مِنَ الْوَلَدِ وَهِيَ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» عَيْنُ صُورَةٍ وَقَالَ: رَجُلٌ لَهُ سِتُمِائَةُ دِرْهَمٍ وَأُمَةٌ تُسَوِّي ثَلَاثِمِائَةَ دِرْهَمٍ فَأَوْصَى بِالْجَارِيَةِ لِرَجُلٍ ثُمَّ مَاتَ فَوَلَدَتْ وَلَدًا يُسَاوِي ثَلَاثِمِائَةَ دِرْهَمٍ قَتَلَ الْقِسْمَةَ فَلِلْمُوصَى لَهُ الْأُمُّ وَثُلُثُ الْوَلَدِ عِنْدَهُ. وَعِنْدَهُمَا لَهُ ثَدٌّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

لَهُمَا مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْوَلَدَ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ تَعَا حَالَةَ الْإِتِّصَالِ فَلَا يَخْرُجُ عَنْهَا بِالْإِتِّصَالِ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَالْعِتْقِ فَتَقْضَى الْوَصِيَّةُ فِيهِمَا عَلَى السَّوَاءِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيمِ الْأُمِّ.

غَايَةُ الْبَيَانِ

وعند أبي حنيفة رحمته الله: يُؤْخَذُ الثُّلُثُ مِنَ الْأُمِّ أَوَّلًا، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ مِنَ الثُّلُثِ يُؤْخَذُ مِنَ الْوَلَدِ.

وجه قولهما: أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَسْرِي إِلَى الرِّوَاثِ الْحَدِيثَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ بِالْإِجْمَاعِ. لَكُونِ التَّرِكَةِ بَاقِيَةً عَلَى حُكْمِ الْمَيِّتِ، وَإِذَا تَسَّتِ السَّرَايَةُ بِالْإِتِّصَالِ صَارَ كَأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَقَعَتْ بِهِمَا جَمِيعًا، وَقِيمَتُهُمَا مِثْلُ نِصْفِ الْمَالِ، وَثُلُثُ الْمَالِ مِثْلُ ثُلُثَيْهِمَا، مَتَى دَخَلَ الْوَلَدُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالْإِتِّصَالِ؛ لَا يَخْرُجُ عَنْهَا ^(١) بِالْإِتِّصَالِ، فَوَجَبَ تَعْيِينُ الْوَصِيَّةِ فِي ثُنْيَيْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى السَّوَاءِ، بَلَا تَقْدِيمِ الْأُمِّ.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَرَوَّحَ امْرَأَةٌ عَلَى جَارِيَةٍ، فَوَلَدَتْ فِي يَدِ الرَّوْحِ؛ صَارَ كَأَنَّهُ لَعَقَهُ وَقَعَ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا، وَالزِّيَادَةُ فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَضْرِ لَهَا حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ.

وجه قول أبي حنيفة رحمته الله: أَنَّ الْأُمَّ هِيَ الْأَصْلُ فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْوَلَدُ تَبِعٌ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَ قَصَدَ بِالْوَصِيَّةِ الْأُمَّ لَا النَّمَاءَ، فَلَا يَحُوزُ نَقْضُ الْوَصِيَّةِ فِي الْأَصْلِ بِمَا مَرَّ تَابِعٌ لَهُ، وَقَدْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِالْأُمِّ صَحَّحَتْ حَيْثُ كَانَتْ مِثْلُ ثُلُثِ الْمَالِ، ثُمَّ لَمْ

(١) وقع في الأصل: «عنهما»، والمثبت من «ن»، و«٢٧»، و«غ»، و«م»، و«ر».

وَلَهُ أَنْ الْأُمُّ أَصْلُ وَالْوَلَدُ تَبِعٌ فِيهِ وَالتَّبِعُ لَا يُرَاجِعُ الْأَصْلَ ، فَلَوْ نَقَضَ
الْوَصِيَّةَ فِيهِمَا جَمِيعًا تَنَقُّضُ الْوَصِيَّةِ فِي بَعْضِ الْأَصْلِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ بِحِلَافِ
التَّبِعِ لِأَنَّ تَنْفِيذَ التَّبِعِ فِي التَّبِعِ لَا يُؤَدِّي إِلَى تَنْقُضِهِ فِي الْأَصْلِ تَلَّ يَبْقَى تَامًا

غاية البيان

أَشْرَكْنَا^(١) الْوَلَدَ مَعَهَا فِي الْوَصِيَّةِ^(٢) ؛ لَانْتِقَاصِ^(٣) بَعْضِ الْوَصِيَّةِ فِي الْأُمِّ الَّتِي هِيَ
[١/٢٩٣ م] الْأَصْلُ بِمَا هُوَ تَابِعٌ لَهُ ، فَلَا يَحُورُ ذَلِكَ ، فَوَجَبَ تَقْدِيرُ الْوَصِيَّةِ فِي الْأُمِّ ،
ثُمَّ تَكْمِيلُ الثَّلَاثِ مِنَ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءُ الْعَيْنِ الْمُوصَى بِهِ بَلَا تَنْقُضِ الْوَصِيَّةَ مِنَ
الْأَصْلِ .

وَلَيْسَ كَذَلِكَ التَّبِعُ ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ بِالشَّرَكَةِ لَا يَنْقُضُ شَيْئًا مِنَ الْأَصْلِ ؛ لِأَنَّ التَّبِعَ
مَأْذُومٌ فِي الْأُمِّ كَمَا كَانَ ، وَإِنَّمَا انْحَطَّ بَعْضُ الثَّمَنِ عَنِ الْأَصْلِ ، وَالثَّمَنُ فِي التَّبِعِ
تَابِعٌ ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ حَظٍّ بَعْضِ الثَّمَنِ ، بِحِلَافِ الْوَصِيَّةِ ، فَإِنَّهَا عِنْدَ مُزَاحَمَةِ الْوَلَدِ
يَخْرُجُ بَعْضُ [الْأَصْلِ عَنِ الْوَصِيَّةِ]^(٤) ، فَلَا تَبْقَى الْوَصِيَّةُ فِي الْأُمِّ كَمَا كَانَتْ ، فَلَا
يَحُورُ أَنْ يَكُونَ التَّبِعُ^(٥) مَاقِضًا لِلْأَصْلِ ، فَأَمَّا إِذَا اقْتَسَمُوا فَوَلَدَتْ بَعْدَ الْقِسْمَةِ ؛ يَكُونُ
الْوَلَدُ لِلْمُوصَى لَهُ ؛ لِأَنَّهُ حَدَّثَ عَلَى خَالِصِ مِلْكِ الْمُوصَى لَهُ ؛ لِاسْتِقْرَارِ مِلْكِهِ فِي
الْجَارِيَةِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ .

قَوْلُهُ : (وَالْوَلَدُ تَبِعٌ فِيهِ) ، أَيُّ : فِي الْوَصِيَّةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْإِيصَاءِ .

قَوْلُهُ : (وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ) ، أَيُّ : لَا يَحُورُ انْتِقَاضُ الْوَصِيَّةِ فِي بَعْضِ الْأَصْلِ

لِمُرَحْمَةِ التَّبِعِ .

(١) وقع في الأصل . «أشرك» ، والمثبت من . «ن» ، و«فأ» ، و«ع» ، و«م» ، و«ر» .

(٢) وقع في الأصل : «الوصية بالأم» ، والمثبت من «ن» ، و«فأ» ، و«ع» ، و«م» ، و«ر» .

(٣) وقع في الأصل : «لا ينتقص» ، والمثبت من : «ن» ، و«فأ» ، و«ع» ، و«م» ، و«ر» .

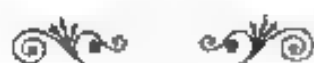
(٤) وقع في الأصل : «الوصية عن الأصل» ، والمثبت من : «ن» ، و«فأ» ، و«ع» ، و«م» ، و«ر» .

(٥) وقع في الأصل «تبع» ، والمثبت من «ن» ، و«فأ» ، و«ع» ، و«م» ، و«ر» .

صَحِيحًا فِيهِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ صَرُورَةً مُقَابَلَتِهِ بِالْوَلَدِ إِذَا اتَّصَلَ بِهِ الْقَنْصَرُ وَلَكِنَّ الثَّمَنَ تَابِعٌ فِي الْبَيْعِ حَتَّى يَنْتَقِذَ الْبَيْعُ بِذَوْنِ ذِكْرِهِ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا.
(هَذَا إِذَا وَلَدَتْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، فَإِنْ وَلَدَتْ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَهُوَ لِلْمُوصَى لَهُ)
لِأَنَّهُ نَمَاءٌ خَالِصٌ مِلْكِهِ لِيَتَقَرَّرَ مِلْكُهُ فِيهِ بَعْدَ الْقِسْمَةِ.

غاية البيان

قوله: (إِلَّا أَنَّهُ لَا يُقَابَلُهُ بَعْضُ الثَّمَنِ)، أي: لَا يُقَابَلُ الْأَصْلُ بَعْضُ الثَّمَنِ؛ لِأَخْلِ ضَرُورَةٍ مُقَابَلَةٍ ذَلِكَ الْبَعْضِ بِالْوَلَدِ إِذَا اتَّصَلَ بِالْوَلَدِ الْقَنْصَرُ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْقَبْضِ بَاقٍ سَمَاقِيَّةً، لَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، بَلْ يَأْخُذُ الْأُمُّ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ.



فصل

في اعتبار حالة الوصية

قال: وإذا أقر المريض لامرأة بدین، أو أوصى لها بشيء، أو وهب لها، ثم تزوجها ثم مات، جاز الإقرار، وبطلت الوصية والهبة؛ لأن الإقرار ملزم

شابه الهبة

فصل

في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر حكم الوصية في أنها تصح من ثلث المال لا غير عند عدم إجازة الورثة؛ ذكر في هذا الفصل: أن الوصية متى تُعتبر وصية حال إيجاب الوصية، أم حال الموت؟ فشرع في بيان ذلك، وأحر هذا الفصل ذكرًا؛ لأن حال الوصية وصف لها، والوصف يتبع الموصوف لا محالة.

[٥٢٨، ٣] قوله: (قال: وإذا أقر المريض لامرأة بدین، أو أوصى لها بشيء، أو وهب لها، ثم تزوجها ثم مات، جاز الإقرار، وبطلت الوصية والهبة)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة عليه السلام: في رجل مريض يُقر لامرأة بدین، أو يُوصي لها بوصية، أو يهب لها هبة، ثم يتزوجها، ثم يموت من ذلك المرض، قال: الإقرار ^(١) جائز، والهبة والوصية باطلة ^(٢)». إلى هنا لمط أصلي «الجامع الصغير».

وذلك لأن الإقرار ملزم بنفسه، فلا يتوقف إلى شرط زائد، كتوقف الوصية إلى الموت، فصَحَّ إقراره بالدين؛ لأن إقراره حصل لأجنبية، ولم يتطل باعتراض

(١) في ٥٢٨، و٥٢٩ «السير»

(٢) يظن: «الجامع الصغير مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٥].

بِنَفْسِهِ [٢٩٠ ط] وَهِيَ أَحْنَىٰ عِنْدَ صُدُورِهِ، وَلِهَذَا يُعْتَرُ مِنْ حَمِيعِ الْمَلِكِ، وَلَا يَتَّطَلُّ بِالذِّينِ إِذَا كَانَ فِي حَالَةِ الصَّحَّةِ أَوْ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ، إِلَّا أَنَّ الثَّانِي يُؤَخَّرُ

لِغَايَةِ الْبَيَانِ

الزَّوْجِيَّةِ [٢٩٣ ط م] بَعْدَ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ وَقُوعَ الْإِقْرَارِ بِالذِّينِ عَلَى سَبِيلِ التَّجَارَةِ دُونَ سَبِيلِ الْوَصَايَا، وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ مِنْ حَمِيعِ الْمَالِ، وَلَا يَتَّطَلُّ بِالذِّينِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ، فَإِنَّهَا تَمْلِكُ مَصَافً إِلَى الْمَوْتِ، وَالْمَرَأَةُ عِنْدَ الْمَوْتِ وَارِثَةٌ، وَلَا وَصِيَّةَ [لِلوَارِثِ] بِالْحَدِيثِ (٢).

وَأَمَّا الْهَبَةُ وَإِنْ كَانَ وَقُوعُهَا لِلْحَالِ مُنَحْزَماً؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُضَفْ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، فَهِيَ فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ حُكْماً، لِأَنَّهَا تَبْرُعُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ وَهَبَ عَبْدًا فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ لِأَجَبِيٍّ، وَهُوَ جَمِيعُ مَالِهِ وَسَلَّمَهُ لَهُ؛ صَحَّ ذَلِكَ وَصَارَ مَالِكاً لِلْمُوْهَبِ لَهُ، ثُمَّ إِذَا مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ؛ وَحَبَّ الصَّخُّ فِي الثُّلُثَيْنِ حَقّاً لِلوَرِثَةِ، وَفِي الْكُلِّ حَقّاً لِلْعُرْمَاءِ، وَصَارَتِ الْهَبَةُ كَالْمُتَعَلِّقِ بِالْمَوْتِ، فَصَارَ حُكْمُهَا حُكْمَ الْوَصِيَّةِ.

وَعَدَ زُفَرٌ رحمته الله: يَتَّطَلُّ إِقْرَارُهُ لَهَا بِالذِّينِ بِحُدُوثِ الرَّوْجِيَّةِ كَالْهَبَةِ وَلِوَصِيَّةٍ

وَجَوَابُهُ: أَنَّ الْإِقْرَارَ يُعْتَرُ لِلْحَالِ لِمَا قُبِلَ، وَعِنْدَ وُجُودِ الْإِقْرَارِ هِيَ أَحْيَاةٌ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ، فَإِنَّهَا لَا تُعْتَبَرُ لِلْحَالِ، بَلْ [تُعْتَبَرُ] (٣) عِنْدَ الْمَوْتِ، وَالْمَرَأَةُ حِينَئِذٍ وَارِثَةٌ، وَالْهَبَةُ كَالْوَصِيَّةِ حُكْماً لِمَا بَيَّنَّا آنفاً، وَقَدْ مَرَّ نَحْوُ مِنْ هَذَا [فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ] (٤)، فِي بَابِ إِقْرَارِ الْمَرِيضِ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

قَوْلُهُ: (وَلَا يَتَّطَلُّ بِالذِّينِ)، أَيُّ: لَا يَتَّطَلُّ الْإِقْرَارُ بِسَبَبِ الذِّينِ. يَعْنِي: نَ

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُولَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «لَنْ»، وَ«يُحَالِ»، وَ«عَلَى»، وَ«أَرَى»، وَ«مَنْ».

(٢) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ.

(٣) مَا بَيْنَ الْمُعْقُولَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «لَنْ»، وَ«عَلَى».

(٤) مَا بَيْنَ الْمُعْقُولَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «لَنْ»، وَ«يُحَالِ»، وَ«عَلَى»، وَ«مَنْ».

عنه، بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهي واردة عند ذلك، ولا وصية للوارث، والهبة وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت، ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث.

قَالَ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِابْنِهِ بَدَيْنَ وَابْنَهُ نَصْرَانِيٍّ، أَوْ وَهَبَ لَهُ، أَوْ أَوْصَى لَهُ، فَأَسْلَمَ الْإِبْنُ قَبْلَ مَوْتِهِ، بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ.

الشيخ شهاب الدين

الدين لا يمنع صحة الإقرار، سواء كان الإقرار في الصحة، أو في المرض، إلا أن الثاني - وهو الإقرار - الواقع في المرض مؤخر عندنا عن الإقرار الواقع في الصحة، حتى إن المال يُصرف إلى ما أقر به حالة الصحة، فإن فصل منه شيء فإنه يُصرف إلى ما أقر به حالة المرض وإلا فلا، وعنده ابن أبي ليلى رحمته: الإقراران يستويان^(١)، وهو مذهب الشافعي رحمته^(٢)، وقد مر ذلك في باب إقرار المريض مُستوفى.

قوله: (قَالَ: وَإِذَا أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِابْنِهِ بَدَيْنَ وَابْنَهُ نَصْرَانِيٍّ، أَوْ وَهَبَ لَهُ، أَوْ أَوْصَى لَهُ، فَأَسْلَمَ الْإِبْنُ قَبْلَ مَوْتِهِ، بَطَلَ ذَلِكَ كُلُّهُ)، أي: قَالَ في «الجامع الصغير».

ولفظ أصل «الجامع الصغير»: «وقال: في المريض أقر لابنه وهو نصراني بدَيْن [أو]^(٣) وَهَبَ لَهُ هِبَةً فَيَقْبِضُهَا، أَوْ أَوْصَى لَهُ وَصِيَّةً، ثُمَّ أَسْلَمَ الْإِبْنُ، ثُمَّ مَاتَ الرَّحْلُ، قَالَ: ذَلِكَ كُلُّهُ بَاطِلٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الْإِبْنُ عَبْدًا فَأَعْتَقَ فِي هَذَا»^(٤). إلى

(١) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» لأبي يوسف [ص/ ٦٢].

(٢) ينظر: «مختصر المزني» [٢١١/٨]، و«المهدب» لشيخه ردي [٤٧٢/٣]، و«روضة الطالبين» للسروي [٣٥٤/٤].

(٣) ما بين المعقوفين زيادة من: «ب»، و«ها»، و«لغ»، و«لا»، و«لام».

(٤) ينظر: «الجامع الصغير» مع النافع الكبير [ص/ ٥٢٥].

أَمَّا الْهِبَةُ وَالْوَصِيَّةُ فَلَمَّا قُلْنَا إِنَّهُ وَارِثٌ عِنْدَ الْمَوْتِ وَهُمَا إِيجَابَانِ عِنْدَهُ أَوْ بَعْدَهُ، وَالْإِقْرَارُ وَإِنْ كَانَ مُلْزِمًا بِنَفْسِهِ وَلَكِنْ سَبَبَ الْإِرْثِ وَهُوَ الْبُؤُوءَةُ قَائِمٌ وَقَدْ الْإِقْرَارُ فَيُعْتَبَرُ فِي إِيرَاثِ تَهْمَةِ الْإِيرَاثِ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ لِأَنَّ سَبَبَ الْإِرْثِ الزَّوْجِيَّةُ وَهِيَ^(١) لَا يَصَحُّ الْإِقْرَارُ لِقِيَامِ السَّبَبِ حَالِ صُدُورِهِ.

غاية لبيان

هنا لفظ أصل «الجامع الصغير».

أَمَّا بَطْلَانُ الْهِبَةِ وَالْوَصِيَّةِ، فَلَمَّا قُلْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَأَمَّا الْإِقْرَارُ، فَمَا [٢٩٤/٨] يَبْطُلُ؛ لِأَنَّ الْإِبْنَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحِقًّا لِلْمِيرَاثِ وَقَدْ وَجُودَ الْإِقْرَارِ لِكُفْرِهِ أَوْ رِقَّةً، وَاسْتِحْقَاقُ الْإِرْثِ مَانِعٌ لَصَحَّةِ الْإِقْرَارِ، لَكِنْ لَمَّا كَانَ سَبَبُ [٢٩٦/٣] الْإِرْثِ - وَهُوَ الْبُؤُوءَةُ - قَائِمًا وَقَدْ الْإِقْرَارُ؛ يَبْطُلُ الْإِقْرَارُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْحَالَ لَيْسَ حَالِ اسْتِحْقَاقِ الْإِرْثِ حَتَّى تُعْتَبَرُ أَهْلِيَّةُ الْاسْتِحْقَاقِ لِإِيرَاثِ التَّهْمَةِ، بَلِ اعْتَبَرُ لِإِيرَاثِ التَّهْمَةِ نَفْسُ السَّبَبِ، وَهُوَ الْبُؤُوءَةُ، وَهِيَ قَائِمَةٌ وَقَدْ الْإِقْرَارُ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْإِبْنَ لَوْ كَانَ مُسْلِمًا وَقَدْ الْإِقْرَارُ؛ لَمْ يَصَحَّ الْإِقْرَارُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ اسْتِحْقَاقُ الْإِرْثِ ثَابِتًا قَبْلَ الْمَوْتِ.

فَعِلْمٌ: أَنَّ نَفْسَ السَّبَبِ هُوَ الْمُعْتَبَرُ، بِخِلَافِ مَا قُلْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى: إِذَا أَقَرَّ لِأَجْنَبِيَّةٍ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا حَيْثُ لَا يَبْطُلُ الْإِقْرَارُ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْإِرْثِ - وَهُوَ الزَّوْجِيَّةُ - لَمْ يَكُنْ قَائِمًا وَقَدْ الْإِقْرَارُ، فَوَرَدَ أَنْ مَسْأَلَتِنَا هَذِهِ مِنْ تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ: أَنْ لَوْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَةٌ نَصْرَانِيَّةٌ، فَأَقَرَّ لَهَا بِدَيْنٍ فِي مَرَضِهِ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ؛ لَا يَصَحُّ الْإِقْرَارُ.

وَنَظِيرُ مَسْأَلَتِنَا هَذِهِ مَنْ أَقَرَّ لِأَخِيهِ وَلَهُ ابْنٌ، ثُمَّ هَلَكَ الْإِبْنُ، ثُمَّ هَلَكَ الْمُقَرِّرُ، وَالْأَخُ الْمُقَرَّرُ لَهُ وَارِثُهُ؛ يَبْطُلُ الْإِقْرَارُ لِلْأَخِ؛ لِقِيَامِ سَبَبِ الْإِرْثِ، وَهُوَ الْإِخْوَةُ

(١) راد بعده في (ط)، لا طارئة حتى لو كانت الزوجية قائمه وقت الإقرار وهي نصرانية ثم أسلمت قبل

فكذلك لو كَانَ الْإِبْنُ عَبْدًا أَوْ مُكَاتَّبًا فَأُعْتِقَ لِمَا ذَكَرْنَا وَذَكَرَ فِي كِتَابِ
الْإِقْرَارِ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَصَحُّ لِأَنَّهُ أَقْرَأَ لِمَوْلَاهُ وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ
دَيْنٌ لَا يَصَحُّ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ لَهُ وَهُوَ ابْنُهُ، وَالرَّصِيَّةُ بَاطِلَةٌ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْمُعْتَبَرِ فِيهَا
وَقْتُ الْمَوْتِ.

وَأَمَّا الْهَبَةُ فَيُرْوَى أَنَّهَا تَصَحُّ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ فِي الْحَالِ وَهُوَ رَقِيقٌ، وَفِي عَامَّةِ
الرُّوَايَاتِ هِيَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ بِمَنْزِلَةِ الرَّصِيَّةِ فَلَا تَصَحُّ.

شَايَةَ الْبَيَانِ

وَقْتُ الْإِقْرَارِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْإِبْنُ عَبْدًا، أَوْ مُكَاتَّبًا، فَأُعْتِقَ، ثُمَّ مَاتَ الْأَبُ، فَلَا شَكَّ أَنَّ
الرَّصِيَّةَ لَهُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ مضافاً إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالْإِبْنُ حِينَئِذٍ وَارِثٌ.
وَلَا وَصِيَّةٌ لِلْوَارِثِ.

وَأَمَّا الْهَبَةُ: فَقَالَ فَخْرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ رحمته الله فِي شَرْحِهِ لـ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «ذَكَرَ
فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ: أَنَّهَا تَصَحُّ؛ لِأَنَّهَا تُفِيدُ الْمِلْكَ فِي الْحَالِ، وَوَقْتُ الْهَبَةِ هُوَ رَقِيقٌ،
فَكَانَتْ هَبَةً لِلْمَوْلَى؛ فَتَصَحُّ».

ثُمَّ قَالَ: «وَفِي عَامَّةِ الرُّوَايَاتِ: الْهَبَةُ بِمَنْزِلَةِ الرَّصِيَّةِ فَلَا تَصَحُّ، وَأَمَّا الْإِقْرَارُ:
فَقَدْ قَالَ الصَّدْرُ الشَّهِيدُ وَغَيْرُهُ رحمته الله فِي «شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَنْقُولًا عَنْ
كِتَابِ «الْإِقْرَارِ»: إِنْ كَانَ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ لَا يَصَحُّ الْإِقْرَارُ، لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَكُونُ لِلْعَبْدِ
وَهُوَ ابْنُهُ، فَلَا يَصَحُّ الْإِقْرَارُ؛ لِأَنَّ الْمَوْلَى لَا يَمْلِكُ مَا فِي يَدَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى
الْعَبْدِ دَيْنٌ يَصَحُّ الْإِقْرَارُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَكُونُ لِمَوْلَاهُ، وَمَوْلَاهُ أَجْنَبِيٌّ، فَيَصَحُّ الْإِقْرَارُ
لَهُ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَوْلَى يَمْلِكُ مَا فِي يَدِهِ»^(١).

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص ٦١٨].

وَالْمُقْعَدُ وَالْمَقْلُوجُ وَالْأَشْلُ وَالْمَسْلُولُ إِذَا تَطَوَّلَ ذَلِكَ فَلَمْ يُخَفْ مِنْهُ الْمَوْتُ ، فَهَبْتُهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، لِأَنَّهُ إِذَا تَقَادَّمَ الْعَهْدُ صَارَ طَبْعًا مِنْ طَبَاعِهِ وَلِهَذَا

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَالْمُقْعَدُ وَالْمَقْلُوجُ وَالْأَشْلُ وَالْمَسْلُولُ إِذَا تَطَوَّلَ ذَلِكَ وَلَمْ يُخَفْ مِنْهُ الْمَوْتُ ؛ فَهَبْتُهُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ) ، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

[وَصَوَّرْتُهَا فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»] ^(١): «مُحَمَّدٌ عَنْ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِي حَبِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فِي الْمَقْلُوجِ وَالْمُقْعَدِ وَالْأَشْلِ وَالْمَسْلُولِ إِذَا تَطَوَّلَ [٥٢٩٤/٨] ذَلِكَ بِهِ ، فَصَارَ بِحَالٍ لَا يُخَافُ مِنْهُ الْمَوْتُ: أَنَّ هِبَةَ صَاحِبِهِ حَائِثَةٌ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ، وَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ أَوَّلَ مَا أَصَابَ ؛ فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ ^(٢) . إِلَى هَذَا لَفْظُ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

أَمَّا إِذَا تَقَادَّمَ ذَلِكَ خَرَجَ مِنْ عِدَادِ الْمَرَضِ ، وَصَارَ ذَلِكَ طَبْعًا مِنْ طَبَاعِهِ ، حَيْثُ لَا يَسْتَعِيزُ بِالْمُدَاوَاةِ ، فَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمَ الْأَصِحَّاءِ ، فَيُغْتَبَرُ تَصَرُّفُهُ مِنْ جَمِيعِ الْأَمْوَالِ ، وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ لِلْوَارِثِ ، فَإِنْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ كَانَ ذَلِكَ سَمَرَةَ حَدُوثِ الْمَرَضِ ، وَلَوْ صَارَ صَاحِبَ فِرَاشٍ فِي أَوَّلِ مَا حَدَّثَتْ تِلْكَ الْعَمَةُ ، وَمَاتَ فِي أَيَّامِهِ ذَلِكَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَرِيضِ ، يُغْتَبَرُ تَصَرُّفُهُ فِي ثُلُثِ الْمَالِ ، وَلَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُ لِلْوَارِثِ ، أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يَسْتَعِيزُ بِالْمُدَاوَاةِ ، وَيَخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكُ ، وَمَسْأَلَةُ الْمَسْلُولِ مِنَ الْحَوَاصِّ .

الْفَائِجُ: ذَهَبُ الْحِصْنِ وَالْحَرَكَةِ مِنْ أَحَدِ شِقَاقِ الْبَدَنِ ، وَسَلَامَةُ الشَّقِيقِ الْآخَرِ .
وَالسُّلُّ [٥٢٧/٣]: عِبَارَةٌ عَنْ احْتِمَاعِ الْمِدَّةِ فِي الصَّدْرِ وَنَقْطِهَا . كَذَا ذَكَرُوا ^(٣) فِي كُتُبِ الطَّبِّ .

(١) مَا بَيْنَ لِمَعْقُوفَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، وَ«فَا»، «ع»، وَ«ر»، وَ«م» .

(٢) يَنْظُرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ/مَعَ الدِّعِ الْكَبِيرِ» [ص/ ٥٢٥] .

(٣) فِي الْأَصْلِ: «ذَكَرَ» وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «ن»، وَ«فَا»، «ع»، وَ«ر»، وَ«م» .

تَات

الْعَتَقُ فِي الْمَرَضِ

قَالَ: وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِهِ، أَوْ بَاعَ وَحَابِي، أَوْ وَهَبَ فَذَلِكَ كُنْهٌ جَائِزٌ، وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلْثِ، وَيَضْرِبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا.

❦ نهاية البيان ❦

بَابُ

الْعَتَقُ فِي الْمَرَضِ

لَمَّا كَانَ الْإِعْتَاقُ فِي الْمَرَضِ فِي مَعْنَى الْوَصِيَّةِ؛ لَوْقُوعِهِ تَتْرَعًا فِي زَمَانٍ تَعْتَبَرُ حَقُّ الْوَرِثَةِ: ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا، وَلَكِنْ أَخَّرَ ذِكْرَهُ عَمَّا هُوَ صَرِيحٌ فِي الْوَصِيَّةِ؛ لَكُونَ الصَّرِيحُ هُوَ الْأَصْلُ فِي الدَّلَالَةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا فِي مَرَضِهِ، أَوْ بَاعَ وَحَابِي، أَوْ وَهَبَ فَذَلِكَ كُنْهٌ جَائِزٌ، وَهُوَ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثُّلْثِ، وَيَضْرِبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١)، وَفِي بَعْضِ نُسَخِ «مَخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ»: «وَهُوَ وَصِيَّةٌ»، مَكَانَ قَوْلِهِ: «جَائِزٌ»، وَرَأَيْتُ فِي نَسْخَةٍ ثِقَةٍ مَكْتُوبَةٍ فِي تَرْجِيحِ سَنَةِ حَمْسٍ وَعِشْرِينَ وَخَمْسٍ مِئَةٍ: «فَذَلِكَ كُلُّهُ وَصِيَّةٌ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلْثِ».

وَالْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ: «وَصِيَّةٌ»، اعْتِسَارُ [٢٩٥/٨] الْعَتَقِ الْوَاقِعِ فِي الْمَرَضِ، أَوْ بَيْعِ الْمُحَابَاةِ الْوَاقِعِ فِيهِ، أَوْ الْهَبَةِ الْوَاقِعَةِ فِيهِ مِنَ الثُّلْثِ، كَاعْتِسَارِ الْوَصِيَّةِ مِنَ الثُّلْثِ وَلَيْسَ مَرَادُهُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَشْيَاءِ الْمَذْكُورَةِ وَقَعَ وَصِيَّةً حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْوَصِيَّةِ إِيْجَابُ تَمْلِيكِ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَيْسَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا^(٢) بِهَذِهِ

(١) يَطْرُقُ «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/٢٤٣]

(٢) فِي الْأَصْلِ «مِنْهُمَا»

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ فَهُوَ وَصِيَّةٌ مَكَانَ قَوْلِهِ جَائِزٌ ، وَالْمُرَادُ ، لَا عَتَبَ مِنْ الثُّلُثِ وَالضَّرْبُ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا لَا حَقِيقَةُ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهَا إِحْبَابٌ بَعْدَ الْمَوْتِ وَهَذَا

غاية السان

لَمَثَابَةٍ ، بَلْ وَقَعَ مُنْجَزًا ، وَ[لَكِنْ] ^(١) لَمَّا كَانَ حُكْمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا حُكْمَ الْوَصِيَّةِ فِي عَتَبِ الثُّلُثِ ؛ سَمَاءُ : وَصِيَّةٌ ، وَعَلَى هَذَا مَا اسْتَدَّ الْمَرِيضُ إِحْبَابَهُ عَلَى نَفْسِهِ فِي ذِمَّتِهِ ؛ فَهُوَ فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ ، يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَهُوَ كَالضَّامِنِ وَالْكفيلِ ، لِمَا أَنَّهُ يَتَّهَمُ فِي إِجَابِهِ عَلَى نَفْسِهِ فِي ذِمَّتِهِ ، كَمَا يَتَّهَمُ فِي الْهَبَةِ .

ثُمَّ كُلُّ مَا أَوْجَبَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ كَانَ الْإِحْبَابُ وَاقِعًا فِي الصَّحَّةِ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ بِحَالِ تَعَلُّقِ حَقِّ الْوَرِثَةِ فِيهِ بِالْمَالِ ، فَكَانَ الْمُعْتَبَرُ فِيهِ حَالُ الْإِضَافَةِ ، لَا حَالُ الْإِجَابِ ، وَمَا نَقَذَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، وَلَمْ يُضِفْهُ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَالْمُعْتَبَرُ فِيهِ حَالُ عَقْدِ التَّصَرُّفِ ، وَكَفَى أَنْ كَانَ صَحِيحًا يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَمِنَ الثُّلُثِ .

وَقَالُوا : كُلُّ مَرَضٍ صَحَّ مِنْهُ ، وَقَدْ تَصَرَّفَ فِيهِ ؛ كَانَ تَصَرُّفُهُ تَصَرُّفَ الْأَصْحَاءِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ تَبَيَّنَ أَنَّ مَرَضَهُ لَمْ يَكُنْ سَبَبَ الْحَبْرِ عَنْ تَصَرُّفِهِ ، حَتَّى لَمْ يَكُنْ حَوْ أَحَدٍ مُتَعَلِّقًا بِمَالِهِ .

قَوْلُهُ : (وَيَضْرِبُ بِهِ مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا) ، أَيِ : يَضْرِبُ بِالثُّلُثِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ هَؤُلَاءِ الثَّلَاثَةِ ، وَهُوَ الْعَبْدُ الْمُعْتَقُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ ، وَالْمُشْتَرَى مِنَ الْمَرِيضِ نَذِي بَاعَ بِالمُحَابَاةِ ، وَالْمَوْهوبُ لَهُ مَعَ سَائِرِ أَصْحَابِ الْوَصَايَا ، فَإِنَّهُمْ يَسْتَحِقُّونَ الثُّلُثَ لَا غَيْرَ ، وَالْمُرَادُ مِنْ ضَرْبِهِمْ بِالثُّلُثِ [مَعَ أَصْحَابِ الْوَصَايَا] ^(١) : اسْتِحْقَاقُهُمْ فِي الثُّلُثِ كَمَا فِي سَائِرِ [٥١٧/٣] الْوَصَايَا ، فَإِنَّهُمْ يَسْتَحِقُّونَ الثُّلُثَ لَا غَيْرَ ، وَلَيْسَ الْمُرَادُ أَنَّهُمْ يُسَاوُونَ أَصْحَابَ الْوَصَايَا فِي الثُّلُثِ وَيُخَاصُّونَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ الْمُتَقَدَّ فِي

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوتَيْنِ : زِيَادَةٌ مِنْ ١٠٠ ، وَ ٢٠٠ ، وَ ٣٠٠ ، وَ ٤٠٠ ، وَ ٥٠٠ .

مُتَحَرِّزٌ غَيْرُ مُضَافٍ، وَاعْتِبَارُهُ مِنَ الثُّلُثِ لِيَتَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرِثَةِ، وَكَذَلِكَ مَا اتَّخَذَ
الْمَرِيضُ إِحْبَابَهُ عَلَى نَفْسِهِ

بسم الله الرحمن الرحيم

المرضى مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِالْمَالِ فِي الثُّلُثِ

أَلَا تَرَى إِلَى مَا ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو جَعْفَرٍ الطَّحَاوِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ». «وَمَنْ
أَوْصَى بِوَصَايَا فِي مَرَضِهِ، وَأَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ: يُدِيءُ بِالْعَتَاقِ، فَأُخْرِجَ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ قَصَلَ
شَيْءٌ؛ كَانَ لِأَهْلِ الْوَصَايَا، وَإِنْ لَمْ يَقْضُ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ»^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُهُ رحمه الله.

وَذَلِكَ لِمَا حَدَّثَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ رحمه الله فِي شَرْحِهِ لـ «المختصر»: عَنْ
عَبْدِ الْبَاقِي بْنِ قَانِعٍ، قَالَ: حَدَّثَنَا بِشْرُ بْنُ مُوسَى قَالَ: حَدَّثَنَا [أَبُو] ^(٢) [أَبُو] ٢٩٥ هـ
عَبْدُ الرَّحْمَنِ الْمُقْرِي عَنْ حَيَّوَةَ، قَالَ: حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ
رحمه الله، قَالَ: «مَضَتْ السُّنَّةُ أَنْ يُدِيءَ بِالْعَتَاقِ فِي الْوَصِيَّةِ»^(٣).

وَأَيْضًا لَمَّا كَانَ الْعَتَقُ مِمَّا لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ [وَسَائِرُ الْوَصَايَا يُلْحَقُهَا الْفَسْخُ]^(٤).
صَارَ الْعَتَقُ أَكْثَرُ مِنْهَا، وَمَتَى اجْتَمَعَ أَمْرَانِ؛ لَا يُمَكِّنُ إِجَارَتُهُمَا جَمِيعًا، وَحُدُّهُمَا
يُفْسَخُ، وَالْآخَرُ لَا يُفْسَخُ، فَالَّذِي لَا يَنْفَسَخُ أَوْلَى بِالثَّبَاتِ، وَمَا يَنْفَسَخُ أَوْلَى بِالْبَطَالِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ رَجُلًا لَوْ أَعْتَقَ عَبْدَ رَجُلٍ بِغَيْرِ أَمْرِهِ وَبَاعَهُ آخَرُ، فَأَحَازَ الْأَمْرَيْنِ؛
جَازَ الْعَتَقُ، وَبَطَلَ الْبَيْعُ. وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا بِعَتَقِ عَبْدِهِ، وَالْآخَرُ بِبَيْعِهِ، وَأَوْقَعَا؛
جَازَ الْعَتَقُ، وَبَطَلَ الْبَيْعُ.

(١) ينظر «مختصر لطحاوي» [ص/١٦٠].

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من «ن»، و«فا»، و«ع»، و«ر»، و«م» وهو انموذج لما وقع في
«شرح مختصر الطحاوي».

(٣) أخرجه: إحصاء في «شرح مختصر الطحاوي» [١٧٦/٤]، وليبقي في «السنن الكبرى»
[٢٧٦/٦]، من طريق بشر بن موسى بإسناد به.

(٤) ما بين المعقوفين: زيادة من «ن»، و«فا»، و«ع»، و«ر»، و«م».

كَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ لِأَنَّهُ يُتَّهَمُ [٢٩١] فِيهِ كَمَا فِي الْهِنَةِ، وَكُلُّ

عناية البيان

وَكَذَلِكَ لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا بِعَتْقِ عَبْدِهِ، وَالْآخَرُ بَيْعِهِ، وَأَوْقَعَا لِأَمْرَيْنِ جَمِيعًا؛ جَازَ الْعَتَقُ، وَبَطَلَ الْبَيْعُ.

ثُمَّ الْعَتَقُ إِنَّمَا يَكُونُ مُقَدِّمًا عَلَى سَائِرِ الْوَصَايَا، إِذَا كَانَ مُتَّفَقًا فِي الْمَرَضِ، أَوْ مُعْلَقًا بِالْمَوْتِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ حَدَثَ بِي حَدَثٌ مِنْ هَذَا الْمَرَضِ، فَصَدَّ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ؛ فَهُوَ حُرٌّ، فَأَمَّا إِذَا أَوْصَى بِعَتْقِ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ بِوَقْتٍ؛ فَلَا يُبْدَأُ بِالْعَتَقِ، بَلْ يَكُونُ هُوَ وَسَائِرُ الْوَصَايَا سَوَاءً.

أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْبَيْثِ رحمته الله فِي كِتَابِ «كُتُبِ الْوَصَايَا»: «وَإِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِعَتْقِ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَأَوْصَى لِآخَرٍ بِالْعَبْدِ؛ فَالْثُلُثُ بَيْنَهُمَا بِالْحِصَصِ، وَلَا يُبْدَأُ بِالْعَتَقِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْعَتَقِ تَحْتَمِلُ النِّقْضَ وَالرَّدَّ، فَصَارَ حُكْمُهُ حُكْمَ سَائِرِ الْوَصَايَا.

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ ظَهَرَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ؛ فَإِنَّ الْعَبْدَ يُبَاعُ، وَتَشْطُلُ الْوَصِيَّةُ، وَهَذِهِ الْوَصِيَّةُ تَحْتَاجُ إِلَى الْإِنْفَازِ، كَمَا تَحْتَاجُ سَائِرُ الْوَصَايَا، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْعَتَقُ أَوَّلَى مِنْ سَائِرِ الْوَصَايَا إِذَا كَانَ الْعَتَقُ فِي الْمَرَضِ، أَوْ أَصَافَهُ إِلَى الْمَوْتِ، فَيَعْتَقُ بِمَوْتِهِ بِغَيْرِ إِعْتَاقِ الْوَرِثَةِ، فَكَذَلِكَ الْعَتَقُ لَا يَحْتَمِلُ النِّقْضَ وَالرَّدَّ، فَأَمَّا هَذِهِ الْوَصِيَّةُ؛ فَهِيَ وَسَائِرُ الْوَصَايَا سَوَاءٌ، فَلَا تَكُونُ هِيَ أَوَّلَى بِالْبُدْءِ مِنْ غَيْرِهَا.

وَلَوْ قَالَ: هُوَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ أَوْ بِشَهْرٍ؛ فَهِيَ وَسَائِرُ الْوَصَايَا سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ إِذَا تَأَخَّرَ عَنِ الْمَوْتِ، لَا يَغْتَقُ إِلَّا بِإِعْتَاقِ الْوَرِثَةِ، وَقَدْ جَرَتْ فِيهَا سِهَامُ الْمَوَارِيثِ، فَصَارَ حُكْمُهَا حُكْمَ سَائِرِ الْوَصَايَا؛ لِأَنَّهُ تَحْتَمِلُ النِّقْضَ وَالرَّدَّ، وَيَحْتَاجُ إِلَى إِنْفَازِ الْوَصِيَّةِ، إِلَى هَذَا نَفْظُ الْفَقِيهِ أَبِي الْبَيْثِ رحمته الله فِي كِتَابِهِ.

قَوْلُهُ: (كَالضَّمَانِ وَالْكَفَالَةِ)، لَمَّا كَانَ الضَّمَانُ أَعَمُّ مِنَ الْكَفَالَةِ؛ حَصَلَ التَّغَايُرُ

مَا أَوْجِبَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ ، وَإِنْ أَوْجِبَهُ فِي حَالِ صِحَّتِهِ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ
الإِضَافَةِ دُونَ حَالَةِ الْعَقْدِ ، وَمَا نَفَّذَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَالْمُعْتَبَرُ فِيهِ حَالَةُ الْعَقْدِ ، فَإِنْ
كَانَ صَاحِبِهَا فَهُوَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَ مَرِيضًا فَمِنْ الثُّلُثِ ، وَكُلُّ مَرَصٍ
صَحَّ مِنْهُ فَهُوَ كَحَالِ الصَّحَّةِ لِأَنَّ بِالْبُرْءِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا حَقَّ فِي مَالِهِ .

قَالَ : فَإِنْ حَابَى ، ثُمَّ أَعْتَقَ ، وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا ؛ فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَى عِنْدَ أَبِي
حَنِيفَةَ رحمته ، وَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى ؛ فَهُمَا سَوَاءٌ ، وَقَالَا : الْعِتْقُ أَوْلَى فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ .

غاية البيان

بينهما ، فَعَطَفَ الْكِفَالَةَ عَلَيْهِ .

أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِأَخِي خَالِجٍ امْرَأَتِكَ عَلَى أَلْفِي هَذَا ، فَخَلَعَهَا صَحَّ ،
وَكَانَ ^(١) الْأَلْفُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ .

قَالَ فِي «خُلَاصَةِ الْفَتَاوَى» : «وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِلرَّوْحِ : اخْلَعْهَا عَلَى عَبْدِي
هَذَا ، أَوْ أَلْفِي [٢٩٦/٨ م] هَذِهِ ، أَوْ دَارِي [٥٢٨/٣ د] هَذِهِ ، فَخَلَعَهَا عَلَى هَذَا ؛ فَالْخُلْعُ
حَائِزٌ ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى قَبُولِ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّ الْعَاقِدَ الْأَجْنَبِيَّ ^(٢) .

ثُمَّ قَالَ : «وَلَوْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ لِلرَّوْحِ : اخْلَعْهَا عَلَى عَبْدِي هَذَا ، فَقَالَ الرُّوحُ :
خَلَعْتُ ؛ ثُمَّ الْخُلْعُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقُولَ الْمُخَاطَبُ : قَبِلْتُ ، وَإِذَا تَمَّ الْخُلْعُ بِقَبُولِ
الْأَجْنَبِيِّ ؛ لِزِمَةِ عَيْنِ الْبَدَلِ إِنْ كَانَ مِمَّا يُسَعَّيْنُ» .

قَوْلُهُ : (قَالَ : فَإِنْ حَابَى ، ثُمَّ أَعْتَقَ ، وَضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهُمَا ؛ فَالْمُحَابَاةُ أَوْلَى عِنْدَ
أَبِي حَنِيفَةَ رحمته ، وَإِنْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى ؛ فَهُمَا سَوَاءٌ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ ، الْعِتْقُ
أَوْلَى فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ) ، أَيُ : قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(٣) .

(١) فِي الْأَصْلِ : لَا إِنْ كَانَ ، وَالْمُشْتَبَهُ «ر» ، وَ«٢٥٥» ، وَ«٥٥» ، وَ«٥٥» ، وَ«٥٥» .

(٢) يَنْظُرُ : «خُلَاصَةُ الْفَتَاوَى» لِلْبُخَارِيِّ [ق/١٣٠] .

(٣) يَنْظُرُ : «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/٢٤٣] .

باب العتق في المرض

وقال في «المختلف»: «المريض إذا باع عبداً، أو اشترى بعتراً وحشياً، راعى عبداً، إن بدأ بالمُحابة: بُدئ بها، وسعى العبد في القيمة، ولو بدأ بالعتق، ثم بالمُحابة: تحاصاً، والمُشتري بالحيار، وقالوا: العتق أولى، تقدم أو تأخر»^(١).

وجملة الكلام هنا: ما ذكر الكرخي رحمه الله في «مختصره» قال: «وما ذكرت من هذه الرصايا، فما كان منها لم يُجاوز قدره الثلث؛ فإن كل واحد من أصحابها يضرب بقدر نصيبه من الثلث، فيكون الثلث بينهم على ذلك، لا يُبدئ بعضهم على بعض، إلا أن يكون عتقاً موقعاً في المرض، أو مؤقتاً بموت الموصي، أو مُحابة في بيع وقع في المرض؛ فإنه يُبدأ بذلك قبل كل وصية، ثم تضارب أهل الرصايا بعد ذلك، فما بقي من الثلث يكون بينهم على قدر وصاياهم».

«إن ضاق الثلث عن العتق والمُحابة؛ فإن أبا حنيفة رحمه الله قال: إن كانت المُحابة قبل العتق بُدئ بالمُحابة قبل العتق، وإن كان العتق قبل المُحابة تحاصاً جميعاً، صاحب المُحابة والعتق، فإن لم يبق شيء بعدهما بطل ما بقي من الوصايا، وإن بقي من الثلث شيء؛ تضاربوا فيه على قدر وصاياهم».

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا أعتق وحاتى معاً؛ بُدئ بالمُحابة إلا أن يتقدم العتق، رواه مُعلّى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: يُبدأ بالعتق قبل المُحابة، تقدم العتق أو تأخر، فإن لم يبق شيء من الثلث؛ بطلت الوصايا الباقية، وإن بقي من الثلث شيء؛ تضارب أهل الوصايا الباقية [فيه]^(٢) على قدر وصاياهم، وكان لكل^(٣).

(١) بظن: «مختصر لرواية لأبي الليث [ص/١٩٢٦].

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من: «ان»، «والر»، «و»، «١٢٥».

(٣) وقع في الأصل: «كل». والمثبت من: «ان»، «و»، «١٢٥»، «و»، «١٢٥».

«أما غاية البيان»

وجه قولهما - وهو قول الشافعي رحمته الله أيضا^(١) - ما رويناه في المسألة المتقدمة من حديث سعيد بن المسيب قال: «مَصَّتِ السُّنَّةُ أَنْ يُبْدَأَ بِالْعَتَاقِ فِي الْوَصِيَّةِ»^(٢)، ولأن العتق لَا يُلْحَقُ الْفَسْخُ، وَالْمُحَابَاةُ يُلْحَقُهَا الْفَسْخُ، فَكَانَ مَا لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ أَوْلَى بِالْتَّقْدِيمِ؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى.

وجه قول أبي حنيفة رحمته الله: أَنَّ الْمُحَابَاةَ أَقْوَى، فَكَانَ أَوْلَى بِالْتَّقْدِيمِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ حَصَلَتْ فِي الْبَيْعِ، وَالْبَيْعُ عَقْدٌ ضَمَانِي؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ، يُطَالَبُ بِتَسْلِيمِ الْمَبْعُوعِ، فَصَارَتْ الْمُحَابَاةُ بِمَزُولَةِ الدَّيْنِ لَوْجُوبِ الْمُطَالَبَةِ بِهِ، وَالْعَتَقُ تَرْخٌ، وَلِضَمَانٍ وَاسْتِبْرَاحٍ إِذَا اجْتَمَعَا؛ كَانَ الضَّمَانُ أَوْلَى.

فَأَمَّا إِذَا أَعْتَقَ أَوَّلًا ثُمَّ حَبَسَ، فَالْعَتَقُ وَقَعَ فِي حَالِ التَّسَارُّ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ لِلْوَرِثَةِ بَعْدَهُ مِثْلًا مَا أَوْصَى بِهِ، فَصَارَ هَذَا عِتْقٌ مُوسِرٌ، وَإِعْتَاقُ الْمُوسِرِ يَتَعَلَّقُ بِهِ الضَّمَانُ، وَالْمُحَابَاةُ أَيْضًا عَقْدٌ ضَمَانِي، فَتَسَاوَا فِي الضَّمَانِ، فَلَمَّا اسْتَوَيَا قُسِمَ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَتَقِ وَالْمُحَابَاةِ يُسَاوِي الْآخَرَ فِي أَنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ مِنْ حِجَةِ الْمُوسِرِ، وَلِلْمُحَابَاةِ مَرِيَّةٌ أُخْرَى لَيْسَتْ لِلْعَتَقِ، وَهِيَ أَنَّهَا يَتَعَلَّقُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدٍ مُعَاوَضَةٍ.

ثُمَّ إِذَا قُدِّمَ الْعَتَقُ كَانَ لَهُ ٢/١ مَرِيَّةُ السَّبْقِ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يُقَدِّمُ عَمْدَ مَوْتِهِ مَا هُوَ الْأَهَمُّ، فَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَرِيَّتَانِ فَتَسَاوَيَا، وَإِذَا قُدِّمَتِ الْمُحَابَاةُ حَصَلَ لَهَا مَرِيَّةُ السَّبْقِ أَيْضًا مَعَ الْمَرِيَّتَيْنِ، وَلَمْ يَبْقَ لِلْعَتَقِ إِلَّا مَرِيَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَهِيَ أَنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ، فَكَانَتِ الْمُحَابَاةُ أَوْلَى، وَلِأَنَّ الْمُحَابَاةَ حَقٌّ لَادِمِيٌّ تَبَتَّ بِعَوَضٍ،

(١) ينظر «نهاية المطالب» في دراية المذهب، لأبي المعالي الحويسي، ٢٣٩/١٩، و«البيان» للعمري (١٨٦/٨)، و«روضة الطالبين» للنووي [١٣٧/٦].

(٢) مضمون تخريجه.

وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الْوَصِيَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ فَكُلٌّ مِنْ أَصْحَابِهَا
يَضْرِبُ بِجَمِيعِ وَصِيَّتِهِ فِي الثُّلُثِ لَا يُقَدِّمُ الْبَعْضُ عَلَى الْبَعْضِ إِلَّا الْمَوْقِعُ فِي
الْمَرَضِ، وَالْعِتْقُ لِمُعَلَّقٍ بِمَوْتِ الْمُوصِي كَالْتَدْبِيرِ الصَّحِيحِ

﴿ غيبة لبيد ﴾

فَإِنْ قِيلَ: الصَّدَقَةُ فِي الْمَرَضِ لَا رَجُوعَ فِيهَا، وَمَعَ هَذَا لَيْسَتْ ^(١) فِي مَعْنَى
لَعْتٍ، فَيُسْتَعْيَى أَنْ تَكُونَ الْمُحَابَاةُ كَذَلِكَ.

قُلْنَا: يَصَحُّ الرُّجُوعُ فِي الصَّدَقَةِ بَعْدَ الْعَمَلِ إِذَا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ، وَلَا يَصَحُّ
فِي الْمُحَابَاةِ وَالْعِتْقِ.

فَإِنْ قِيلَ: الْعِتْقُ لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ، وَالْمُحَابَاةُ يُلْحَقُهَا الْفَسْخُ، فَكَانَ لَعْتٌ أَوْ بَرٌّ.

قِيلَ لَهُ: الْمُحَابَاةُ لَا يَصَحُّ فَسْخُهَا مِنْ جِهَةِ الْمَيِّتِ، وَمِنْ جِهَةِ الْوَرِثَةِ مِنْ قِيلِ
أَنْ [٢٧٧، ٨ ط م] لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقُولَ: أَنَا أَزِيدُ فِي الثَّمَنِ إِلَى تَمَامِ ثَلَاثِي الْقِسْمَةِ، فَلَا يَكُونُ
لَهُمْ سَبِيلٌ إِلَى فَسْخِهَا، وَإِنَّمَا يَصَحُّ فَسْخُهَا مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي، فَيُسْتَدَلُّ بِانْقِطَاعِ
حَقِّهِمْ فِي الْفَسْخِ عَلَى تَأْكِيدِهَا، فَأَمَّا وَفَوْعُ الْفَسْخِ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي، فَلَا اعْتِبَارَ بِهِ؛
لَأَنَّ الْمُحَابَاةَ مَا وَقَعَتْ مِنْ قِبَلِ الْمُشْتَرِي، وَهُوَ الْمُوصِي لَهُ، نَحْنُ مِنْ قِبَلِ الْمُوصِي،
وَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ.

قَوْلُهُ: (إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا جَاوَزَ الثُّلُثَ)، مِثْلُ أَنْ يُوصِيَ بِالرُّبْعِ وَالشُّدُسِ.

قَوْلُهُ: (وَالْعِتْقُ لِمُعَلَّقٍ بِمَوْتِ الْمُوصِي كَالْتَدْبِيرِ الصَّحِيحِ).

وَإِنَّمَا قَيَّدَ التَّدْبِيرَ بِالصَّحِيحِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ صَحِيحًا كَمَا إِذَا قَالَ مَثَلًا: هُوَ
حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بَيَوْمٍ أَوْ بِشَهْرٍ؛ لَا يَكُونُ مُعَدًّا عَلَى سَائِرِ الْوَصَايَا، بَلْ هُوَ وَسَائِرُ
الْوَصَايَا سَوَاءٌ، وَقَدْ بَيَّنَّا قَبْلَ هَذَا.

وَالْتَّدْبِيرُ الصَّحِيحُ: مِثْلُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ لِمَمْلُوكِهِ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ

(١) فِي الْأَصْلِ «هِيَ لَيْسَتْ». وَامْتَنَتْ مِنْ «ن» وَ«ك» وَ«ع» وَ«ر» وَ«م»

وَالْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ إِذَا وَقَعَتْ فِي الْمَرَضِ لِأَنَّ الْوَصَايَا قَدْ تَسَاوَتْ ، وَالتَّسَاوِي فِي سَبَبِ الْإِسْتِحْقَاقِ يُوجِبُ اتِّسَاوِي فِي نَفْسِ الْإِسْتِحْقَاقِ ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ الْعِتْقُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ أَيْضًا لِأَنَّهُ أَقْوَى فَإِنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي ، وَغَيْرُهُ يُلْحَقُهُ .

وَالْمُحَابَاةُ لَا يُلْحَقُهَا الْفَسْخُ مِنْ جِهَةِ الْمُوصِي ، وَإِذَا تَقَدَّمَ ذَلِكَ فَمَا بَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ ذَلِكَ يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا مِنْ أَهْلِ الْوَصَايَا ، وَلَا يُقَدِّمُ الْبَعْضُ عَلَى الْبَعْضِ .

لَهُمَا فِي الْخِلَافِيَّةِ أَنَّ الْعِتْقَ أَقْوَى لِأَنَّهُ لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ وَالْمُحَابَاةُ يُلْحَقُهَا ،

غاية البيان

أَتِ حُرٌّ إِذَا مِتُّ ، أَوْ إِنْ مِتُّ ، أَوْ إِنْ حَدَّثَ بِي حَدَّثٌ ، فَهَذَا كُلُّهُ وَاحِدٌ ، وَهُوَ مُدَبَّرٌ .

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : أَتِ حُرٌّ يَوْمَ أَمُوتُ ، فَإِنْ بَوَى النَّهَارَ دُونَ اللَّيْلِ لَمْ يَكُنْ مُدَبَّرًا .

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : إِنْ حَدَّثَ بِي حَدَّثٌ مِنْ مَرَضِي هَذَا ، أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، فَأَنْتَ

حُرٌّ ، لَمْ يَكُنْ مُدَبَّرًا ، وَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ ، وَإِنْ مَاتَ كَمَا قَالَ عَتَقَ ، وَإِنْ بَرَأَ مِنْ مَرَضِهِ أَوْ رَجَعَ مِنْ سَفَرِهِ ثُمَّ مَاتَ ، لَمْ يَعْتَقْ^(١) . كَذَا ذَكَرَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمتهما فِي «الْكَافِي» .

قَوْلُهُ : (وَالْمُحَابَاةُ فِي الْبَيْعِ) ، بِالرَّفْعِ مَعْطُوفٌ عَلَى قَوْلِهِ : (إِلَّا الْعِتْقُ لِمَوْقِعِ

فِي الْمَرَضِ) .

قَوْلُهُ : (وَغَيْرُهُ يُلْحَقُهُ) ، أَيُّ : غَيْرُ الْعِتْقِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ ، وَالَّذِي

ذَكَرَهُ هُوَ الْعِتْقُ الْمَوْقِعُ فِي الْمَرَضِ ، وَالْعِتْقُ الْمُعْلَقُ بِمَوْتِ الْمُوصِي ، وَهُوَ التَّدْبِيرُ الصَّحِيحُ ، وَأَرَادَ بِغَيْرِ ذَلِكَ سَائِرَ الْوَصَايَا بِأَعْمَالٍ .

قَوْلُهُ : (يَسْتَوِي فِيهِ مَنْ سِوَاهُمَا) ، أَيُّ : يَسْتَوِي هَيْمَا بَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ مَنْ سِوَى

الْمُعْتَقِ الْمَذْكُورِ ، وَالَّذِي حُوبِيَ لَهُ .

وَلَا مُعْتَمَرٌ بِالتَّقْدِيمِ الذَّكْرِ لِأَنَّهَا لَا تُوجِبُ التَّقْدِيمَ فِي الثُّبُوتِ .

وَلَهُ أَنْ الْمُحَابَاةَ أَقْوَى ؛ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمُعَاوَضَةِ فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لَا بِصِبْغَتِهِ ، وَالْإِعْتَاقُ تَبَرُّعٌ صِبْغَةً وَمَعْنَى ، فَإِذَا وَجِدَتْ الْمُحَابَاةُ أَوَّلًا دُفِعَ الْأَضْعَفُ ، وَإِذَا وَجِدَ الْعِتْقُ أَوَّلًا وَتَبَتَ بَيْنَ الْمُحَابَاتَيْنِ ^(١) يَنْصَقَيْنِ لِتَسَاوِيهِمَا ، ثُمَّ مَا أَصَابَتْ الْمُحَابَاةُ الْأَخِيرَةَ قُسِمَ بَيْنَهُمَا وَبَيَّنَّ الْعِتْقُ لِأَنَّ الْعِتْقَ مُقَدَّمٌ عَلَيْهَا فَيَسْتَوِيَانِ ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْعِتْقِ الْأَوَّلِ وَالْمُحَابَاةِ يَنْصَقَيْنِ ، وَمَا أَصَابَ الْعِتْقَ قُسِمَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْعِتْقِ الثَّانِي ، وَعِنْدَهُمَا الْعِتْقُ أَوَّلَى بِكُلِّ حَالٍ

غاية البيان

قوله: (لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ التَّقْدِيمَ فِي الثُّبُوتِ) ، أي: لأنَّ التقديمَ في الذَّكْرِ لَا يُوجِبُ التَّقْدِيمَ كَمَا إِذَا أَوْصَى لِمَلَانٍ وَمَلَانٍ بِالثُّلُثِ ؛ لَا يَكُونُ الْمَبْدُوءُ بِالذَّكْرِ مُقَدَّمًا عَلَى غَيْرِهِ ، بَلْ يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، فَكَذَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَا تَكُونُ الْمُحَابَاةُ أَوَّلَى بِالتَّقْدِيمِ فِي الذَّكْرِ .

قوله: (فَكَانَ تَبَرُّعًا بِمَعْنَاهُ لَا بِصِبْغَتِهِ) ، وتذكير الصمير الراجع إلى المُحَابَاةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْمَذْكُورِ . يَعْنِي: أَنَّ صِبْغَةَ ^(٢) عَقْدِ الْبَيْعِ بِالْمُحَابَاةِ مُعَاوَضَةٌ لَا تَبَرُّعٌ ، وَلَكِنْ التَّرْعُ يَخْضُلُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى مِنْ حَيْثُ يَثْرُ بِعَضِ الْمَالِ [٢/٢١٨/٨] ، حَيْثُ بَاعَ بِالْعَبْنِ الْفَاحِشِ ، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ ؛ فَإِنَّهُ تَبَرُّعٌ صِبْغَةً وَمَعْنَى ؛ لِأَنَّهُ يَثَارُ مَخْضُ لَيْسَ فِي [٢/٢١٩/٣] مُقَابَلَتِهِ عَوَاضُ الْمَالِ ، فَكَانَتْ الْمُحَابَاةُ أَقْوَى .

والدليل عليه ما ذَكَرَهُ شَمْسُ الْأَنْمَةِ السَّرْحَسِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: أَنَّ سَبَبَ الْمُحَابَاةِ التَّجَارَةُ ، فَإِنَّ الْبَيْعَ بِالْمُحَابَاةِ عَقْدُ تِجَارَةٍ حَتَّى يَجِبَ لِلشَّفِيعِ الشَّمْعَةُ فِي الْكُلِّ ، وَالشَّفْعَةُ تَحْتَضُّ بِالْمُعَاوَضَاتِ دُونَ التَّبَرُّعَاتِ .

(١) فِي (ط) «لَوْثٌ وَهوَ لَا يَحْتَمِلُ لِدْفَعِ كَادٍ مِنْ صُرُورَتِهِ الْمَرَحِمَةُ ، وَعَلَى هَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله

(إِدَا حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ ثُمَّ حَابَى قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْمُحَابَاتَيْنِ) .

(٢) فِي الْأَصْلِ: «صِبْغَتُهُ» ، وَاسْتَبَدَّتْ مِنْ «لَا» ، وَ«٢١٨» ، وَ«٢١٩» ، وَ«٢٢٠» ، وَ«٢٢١» .

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذِهِ الْمِثَّةِ عَبْدٌ، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ؛ لَمْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ عِنْدَ أَبِي حَبِيبَةَ، وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ بِخَبْجَةٍ؛ يُخْجَعُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ، وَإِنْ لَمْ يَهْلِكْ مِنْهَا شَيْءٌ، وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْخَبْجَةِ؛ يُرَدُّ عَلَى الْوَرِثَةِ، وَقَالَا أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُعْتَقُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِتَوَعُّقِ قُرْبَى

عَلَى الْمِيرِ

وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّ الْبَيْعَ بِالْمُحَابَاةِ يَصْحُحُ مِنَ الْعَبْدِ الْمَأْذُورِ، وَالصَّبِيِّ الْمَأْذُورِ، وَبِالْمَرَضِ لَا يُلْحَقُهُ الْحَجَرُ عَنِ التَّجَارَةِ، فَأَمَّا الْعَتَقُ: فَتَبَرُّعٌ مَخْصَرٌ، وَبِالْمَرَضِ بِصِيرٍ مَحْجُورًا عَنِ التَّبَرُّعَاتِ، فَمِنْ هَذَا الْوَجْهِ كَانَتْ الْمُحَابَاةُ أَقْوَى.

قَوْلُهُ: (وَعَلَى هَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله)، أَيُّ: عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي ذَكَرَ مِنْ جِهَةِ أَبِي حَبِيبَةَ.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله: إِذَا حَابَى ثُمَّ أَعْتَقَ، ثُمَّ حَابَى؛ قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْمُحَابَتَيْنِ لِسَاوِيهِمَا فِي وَقْعِهِمَا فِي ضِمْنِ عَقْدِ الْمَعَاوِضَةِ، ثُمَّ مَا أَصَابَ الْمُحَابَاةَ الْآخِرَةَ مِنْ نَصْفِ الثُّلُثِ؛ قُسِمَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْعَتَقِ الْمَتَقَدِّمِ عَلَيْهَا^(١)؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ الْإِسْتِوَاءُ مَعَ الْمُحَابَاةِ فِي الْمَرَّةِ بِتَقْدِيمِهِ عَلَيْهَا، وَإِذَا أَعْتَقَ أَوَّلًا، ثُمَّ حَابَى، ثُمَّ أَعْتَقَ؛ قُسِمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْعَتَقِ الْأَوَّلِ وَالْمُحَابَاةِ نَصْفَيْنِ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَمَّا تَقَدَّمَهَا زَاخَمَهَا، ثُمَّ مَا أَصَابَ الْعَتَقَ الْأَوَّلَ مِنْ نَصْفِ الثُّلُثِ؛ كَانَ ذَلِكَ بَيْنَ الْعِتْقَيْنِ لَتَجَانُسِهِمَا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذِهِ الْمِثَّةِ عَبْدٌ، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ). لَمْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ عِنْدَ أَبِي حَبِيبَةَ رحمته الله، وَإِنْ كَانَتْ وَصِيَّتُهُ بِخَبْجَةٍ؛ يُخْجَعُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ، وَإِنْ لَمْ يَهْلِكْ مِنْهَا شَيْءٌ، وَبَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْخَبْجَةِ؛ يُرَدُّ عَلَى الْوَرِثَةِ، وَقَالَا^(٢): يُعْتَقُ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ، أَيُّ: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٣).

(١) فِي الْأَصْلِ: «عَلَيْهِمَا» وَالْعَتَقُ مِنَ: «لَنْ»، وَ«الْعَتَقُ» مِنْ: «وَعَدَ»، وَ«وَعَدَ» مِنْ: «وَعَدَ».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «وَقَالَ»، وَالْعَتَقُ مِنَ: «لَنْ»، وَ«الْعَتَقُ» مِنْ: «وَعَدَ»، وَ«وَعَدَ» مِنْ: «وَعَدَ».

(٣) بَطْنُ: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَعَ الدَّامِ الْكَبِيرِ [ص/٥٢٥ - ٥٢٦].

يَجِبُ تَنْفِيزُهَا مَا أَمَكَنَ اِغْتِبَارًا بِالْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ . وَلَهُ أَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِالْعَتَقِ [٢٩٠/١ ط] لِعِنْدِ
بَشْرِي بِمِائَةِ وَتَنْفِيزُهَا فِيمَنْ يَشْتَرِي بِأَقْلٍ مِنْهُ تَنْفِيزٌ لِعَبْدٍ الْمَوْصِي لَهُ ، وَذَلِكَ لَا
يَجُوزُ ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَخْصُصَةٌ وَهِيَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى وَالْمُسْتَحَقُّ
لَمْ يَبْدُلْ فَصَارَ كَمَا إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةِ فَهَلَكَ بَعْضُهَا يَدْفَعُ الْبَاقِي إِلَيْهِ .

غاية البين

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ رحمته الله فِي «مَخْتَلَفِ الرَّوَايَةِ» : «وَإِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ أَنْ
يُعْتَقَ عَنْهُ نَسَمَةٌ بِمِئَةِ دِرْهَمٍ ، وَثُلُثُ مَالِهِ أَقْلٌ مِنْ مِئَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يُشْتَرَى ، وَيَطْلُبُ
الْوَصِيَّةُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله ، وَفِي قَوْلِهِمَا : يُشْتَرَى عَبْدٌ بِثُلُثِ مَالِهِ وَيُعْتَقُ» ^(١) .

وَقَالَ الْفَقِيهُ رحمته الله أَيْضًا : «وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِيمَنْ أَوْصَى أَنْ يُعْتَقَ نَسَمَةٌ عَنْهُ مِنْ
جَمِيعِ مَالِهِ ، فَالْوَصِيَّةُ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ بَاطِلَةٌ ، وَيَجُوزُ فِي قَوْلِهِمَا ، وَيُعْتَقُ مِنْ ثُلُثِ
مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِالْحَجِّ يُجُوزُ الْحَجُّ بِثُلُثِ مَالِهِ [٢٩٨/٨ م] بِالِاتِّفَاقِ» ^(٢) . إِلَى هَذَا
لَفْظِ الْفَقِيهِ رحمته الله .

وَالنَّسَمَةُ : هِيَ الرِّقْبَةُ الَّتِي تُشْتَرَى لِلْعَتَقِ ، كَذَا فَسَّرَ شَمْسُ الْأَنْمَةِ السَّرْحَسِي
فِي «اشرح الكافي» ^(٣) .

وَجَهٌ قَوْلِهِمَا : أَنَّهُ نَوْعٌ قُرْبَةٍ ، قَصَدَ بِهِ الْمَوْصِي التَّقَرُّبَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، وَلِهَذَا
نَصَحَ الْوَصِيَّةُ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ النَّسَمَةِ لِتَحْقِيقِ مَقْصُودِ الْمَوْصِي ، فَوَجِبَ تَنْفِيزُ الْوَصِيَّةِ
مَا أَمَكَنَ ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِأَنْ يُحَجَّ عَنْهُ بِهَذِهِ الْمِئَةِ ، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ ؛ يُحَجُّ عَنْهُ
بِمَا بَقِيَ ، وَكَمَا لَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِهَذِهِ الْمِئَةِ ، فَهَلَكَ مِنْهَا دِرْهَمٌ ؛ يُصَرَّفُ الْبَاقِي إِلَيْهِ ،
فَكَذَلِكَ هَاهُنَا .

وَلَا يُقَالُ : الْوَصِيَّةُ إِذَا كَانَتْ لِمُسْتَحِقٍّ لَا يَجُوزُ صَرْفُهَا إِلَى مُسْتَحِقٍّ آخَرَ ؛ لِأَنَّ

(١) ينظر : «مختلف الرواية» لأبي الوليد السمرقندي [١٩٣٠/٤]

(٢) ينظر : المصدر السابق .

(٣) ينظر : «الأصل» المعروف بالمبسوط [١٦/٢٨] طبعة : وزارة الأوقاف القطرية

وَقِيلَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ بَاءَ عَلَى أَصْلٍ آخَرَ مُخْتَلَفٍ فِيهِ وَهُوَ أَنَّ الْعَتَقَ حَقٌّ لِلَّهِ
تَعَالَى عِنْدَهُمَا حَتَّى تُقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى فَلَمْ يَتَبَدَّلْ الْمُسْتَحَقُّ.

﴿هَاجِدَةُ الْمَيْلِ﴾

الْمُسْتَحَقُّ لَمْ يَتَبَدَّلْ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى، وَلَمْ يَتَبَدَّلْ، وَلِهَذَا جَازَتْ الشَّهَادَةُ
عَلَى عِتْقِ الْعَبْدِ عِنْدَهُمَا بِلا دَعْوَى كَمَا فِي الْأَمَّةِ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى عِنْدَهُمَا،
فَلَمْ يَكُنِ الْعَبْدُ مُوصًى [لَهُ] ^(١)، بَلِ الْمَوْصًى لَهُ صَاحِبُ الشَّرْعِ.

(٥٢٠/٢) وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَّ هَذِهِ وَصِيَّةٌ لِعَبْدٍ يُشْتَرَى بِمَنْةٍ؛ لِأَنَّ
الْمَوْصِيَّ صَرَّحَ بِذَلِكَ، فَصَارَ الْمَوْصًى لَهُ عَبْدًا قِيمَتُهُ مَنْةٌ، لَا مَنْ قِيمَتُهُ أَقْلٌ مِنْ
ذَلِكَ، فَلَوْ اشْتَرَى عَبْدٌ قِيمَتُهُ أَقْلٌ مِنَ الْمَنْةِ، فَأَعْتَقَ يَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ صَرْفُ وَصِيَّةِ
لِمُسْتَحَقِّ إِلَى غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ مَنْ قِيمَتُهُ دُونَ الْمَنْةِ غَيْرَ مَنْ قِيمَتُهُ مَنْةٌ، فَكَانَ [ذَلِكَ] ^(٢)
تَفْهِيمَ الْوَصِيَّةِ لِغَيْرِ مَنْ أَوْجَبَهَا الْمَوْصِي، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ؛ فَإِنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ
تَعَالَى، وَهُوَ لَمْ يَتَبَدَّلْ، وَكَذَا فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَسَا عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لَمْ يَتَبَدَّلْ،
ثُمَّ فِي تَقْدِيرِ الثَّمَنِ بِالْمَنْةِ لِلْمَوْصِي غَرَضٌ صَحِيحٌ، وَهُوَ التَّقَرُّبُ بِاعْتِقَادِ أَفْضَلِ
الرُّقَابِ عَلَى مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ سُئِلَ أَيُّ الرُّقَابِ أَفْضَلُ؟ فَقَالَ: «أَعْلَاهَا
ثَمَنًا، وَأَنْفَسَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا» ^(٣).

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمته الله فِي شَرْحِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «وَهَذَا فَرْعٌ
لِمَسْأَلَةِ الْعَتَقِ، فَإِنَّ الْعَتَقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله حَقٌّ لِلْمَمْلُوكِ، فَلِذَلِكَ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ
عِنْدَهُ عَلَى عِتْقِ الْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى».

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوقَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ ٤٨، وَ ١٢٦، وَ ١٢٧، وَ ١٢٨، وَ ١٢٩، وَ ١٣٠.

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوقَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ ٤٨، وَ ١٢٦، وَ ١٢٧، وَ ١٢٨، وَ ١٢٩، وَ ١٣٠.

(٣) أَوْجَدَهُ الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ الْعَتَقِ/بَابِ أَيِّ الرُّقَابِ أَفْضَلُ [رَقْمُ ٢٣٨٢]، وَمُسْلِمٌ فِي كِتَابِ
الْإِيمَانِ/بَابِ بَيَانِ كَوْنِ الْإِيمَانِ بِاللَّهِ تَعَالَى أَفْضَلَ الْأَعْمَالِ [رَقْمُ ٨٤]، وَغَيْرُهُمَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي
ذَرٍّ رضي الله عنه، وَهَذَا لَفْظُ الْبُخَارِيِّ.

وعنده حق العبد حتى لا تقبل النسيئة عليه من غير دعوى، فاختلف المستحق وهذا أشبه.

«كتاب العتق»

قال صاحب «الهداية» رحمته الله: (وهذا أشبه). أي: كور^(١) هذا الخلاف في عتق النسيئة بقاء على أن العتق حق الله تعالى، أو حق المملوك هو الأشبه بالصواب وذكر الفقيه أبو الليث رحمته الله في كتاب «نكت الوصايا» الفرق لأبي حنيفة رحمته الله بين الوصية بالرقبة والوصية بالحج: «أن الوصية بالرقبة لا تُشبه الحج؛ لأنه لا يمكنه أن يحج عنه بمئة درهم من غير زيادة ولا نقصان [٢/٢٩٩/٨]؛ لأنهم إذا أحجوا رجلاً فربما تزيد نفقته وربما تنقص، فلما لم يمكن أن يُقدَّر، فلا يُعتبر تقديره، وأمّا في الرقبة: فيمكن أن تُشترى رقبة بمئة درهم من غير زيادة ولا نقصان، فوجب أن يُراعى شرطه».

ثم قال الفقيه أبو الليث رحمته الله فيه: «وكان الفقيه الجليل أبو جعفر رحمته الله يقول: هذه المسألة قرع لمسألة كتاب القسمة، فإن من أصل أبي حنيفة رحمته الله: أنه لا يرى قسمة الرقيق، وتجعله بمنزلة أجناس مختلفة، وعند أبي يوسف ومحمد رحمته الله: بمنزلة جنس واحد، فلما أوصى بأن يُعتق عبد عنه قيمته مئة درهم، فلو أعتق عبد قيمته أقل من ذلك؛ يكون ذلك العبد من غير جنس الذي أوصى به الموصي، فلا يجوز أن تُصرف وصيته إلى جنس آخر، وعندهما: لما كان العبد كلها جنساً واحداً، فالعبد الذي قيمته أقل من مئة درهم من جنس العبد الذي قيمته مئة درهم، فجاز صرف الوصية إليه». كذا في كتاب «نكت الوصايا».

فأما إذا لم يهلك من المئة شيء وحج بها، فإن بقي منها شيء رد على الورثة؛ لأنه مال خلا عن الوصية، قال فخر الإسلام رحمته الله: «فإذا فصل شيء رد على الورثة إلا أن يكون الموصي جعل الفضل للذي يحج عنه؛ فيكون له».

(١) في الأصل: «يكون».

قال ومن ترك ابين ومئة درهم، وعبدًا قيمته مئة، وقد كان أحدهما مريضًا، فأحار الوارثان ذلك، لم ينع في شيء، لأن العتق في مرض العبد وإن كان في حكم الوصية وقد وقعت بأثر من الثلث إلا أنها تحوز بإحدى الورثة، لأن الامتناع لحقهم وقد استقطوه.

قال ومن أوصى بعنق عبده ثم مات، فجنى العبد جناية ودفع بها، بطلت الوصية لأن الدفع قد صح لما أن حق وليّ الجناية مقدّم على حق

في هذه المسألة

قوله: (قال، ومن ترك ابين ومئة درهم، وعبدًا قيمته مئة، وقد كان أحدهما مريضًا، فأحار الوارثان ذلك، لم ينع في شيء). أي: قال في «الجامع الصغير»^(١) وذلك لأن الاعتاق في مرض الموت وإن كان في [٣٠، ٣١] حكم الوصية، والوصية أكثر من الثلث لا تحوز حقًا للورثة، لكنهم لما أجازوا العتق سلم ما أراد على الثلث للعبد وهو الشدش؛ لأن العبد نصف المال، والرائد على الثلث من النصف هو^(٢) الشدش؛ لأنهم أسقطوا حقهم، فصار كما إذا أوصى لرجل بنصف ماله، فأجازة الورثة، سلم ذلك للموصي له، فكذلك هاهنا.

قوله: (قال، ومن أوصى بعنق عبده ثم مات، فجنى العبد جناية ودفع بها، بطلت الوصية)، أي: قال في «الجامع الصغير»^(٣).

اعلم: أن العبد إذا جنّ جنابة خطأ، فحكمه الدقّ، أو الفداء، ثم هذا العبد الموصى له بعنقه إذا جنّ جنابة بعد [٣٢، ٣٣] موت الموصي؛ كان الورثة بالحيار: إن شاءوا دفعوه^(٤) بالجناية، وإن شاءوا فدّوه، فإن دفعوه بطلت الوصية.

(١) بطر: الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير [ص/ ٥٢٦]

(٢) في الأصل «دفعوه» والمثبت من [٣٢، ٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ٣٩، ٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧، ٤٨، ٤٩، ٥٠، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤، ٥٥، ٥٦، ٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠، ٦١، ٦٢، ٦٣، ٦٤، ٦٥، ٦٦، ٦٧، ٦٨، ٦٩، ٧٠، ٧١، ٧٢، ٧٣، ٧٤، ٧٥، ٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩، ٨٠، ٨١، ٨٢، ٨٣، ٨٤، ٨٥، ٨٦، ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦، ٩٧، ٩٨، ٩٩، ١٠٠، ١٠١، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، ١١٧، ١١٨، ١١٩، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١، ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، ١٤٩، ١٥٠، ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢،

الموصى، لأنه يتلقى الملك من جهة إلا أن ملكه فيه باق وإنما يزول بالدفع فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الموصى أو وارثه بعد موته. فإن فداء الورثة كان الفداء في مالهم لأنهم هم الذين التزموا، وجازت الوصية لأن العبد طهر عن الحناية بالفداء كأنه لم يخس فنقض الوصية.

قال: ومن أوصى بثلاث ماله لآخر، فأقر الموصى له والوارث: أن

«ما به الملك»

لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حياً، فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهة، وهو الموصى له.

الآن ترى أن الموصى لو باعه أو بيع بعد موته بسبب الدين أن الوصية تنطل، وكذلك ما هنا صح الإبطال؛ لأن حق أولياء الحناية مقدم على حق المالك، وكذلك يقدم على من يتلقى الملك من المالك، وإن اختاروا الفداء؛ كانت الدية عليهم في مالهم لالتزامهم، وجازت الوصية لطهارة^(١) العبد الفداء عن الحناية، فصار كأنه لم يخس.

قوله: (إلا أن ملكه فيه باق)، استثناء من قوله: (لما أن حق ولي الحناية مقدم). يعني: أن ملك الموصى في العبد باق مع أن حق الولي مقدم، وإنما يزول ملكه بالدفع فما لم يدفع يبقى، حتى لو كان العبد ذا رجم مخرم من الوارث؛ لا يخرق عليه، كما إذا كان العبد أختاً لامرأة الموصى مثلاً، وإنما يتقن ملكه فيه إلى أن تستغني عن حاجته فيه؛ لأن ملك الورثة بسبيل الخلافة، فما لم يستغن الأصل عن حاجته لا تثبت الخلافة.

قوله: (طهر عن الحناية)، هو بالطاء المهملة من الطهارة.

قوله: (قال: ومن أوصى بثلاث ماله لآخر، فأقر الموصى له والوارث: أن

(١) في الأصل «الطهارة». والمثبت من «ن»، و«ع»، و«ر»، و«م».

الْمَيِّتِ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ، فَقَالَ الْمُوصِي لَهُ: أَعْتَقَهُ فِي الصَّحَّةِ، وَقَالَ الْوَارِثُ: أَعْتَقَهُ فِي الْمَرَضِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُوصِي لَهُ إِلَّا أَنْ يَفْضَلَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ، أَوْ تَقُومَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْعِتْقَ كَانَ فِي الصَّحَّةِ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي لَهُ يَدْعِي اسْتِحْقَاقَ ثُلْثِ مَا بَقِيَ مِنَ التَّرِكَةِ بَعْدَ الْعِتْقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي الصَّحَّةِ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ وَلِهَذَا يَنْقُذُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَالْوَارِثُ يُنْكِرُ لِأَنَّ مُدْعَاهُ الْعِتْقَ فِي الْمَرَضِ وَهُوَ وَصِيَّةٌ، وَالْعِتْقُ فِي الْمَرَضِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْمَالِ فَكَانَ مُنْكَرًا، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ مَعَ التَّيَمُّنِ؛ وَلِأَنَّ الْعِتْقَ حَدِيثٌ وَالْحَوَادِثُ تُضَافُ إِلَى أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ لِلتَّيَمُّنِ بِهَا فَكَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لِلْوَارِثِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ التَّيَمُّنِ، إِلَّا أَنْ يَفْضَلَ شَيْءٌ مِنَ الثَّلَاثِ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَا مُزَاجِمَ لَهُ فِيهِ أَوْ تَقُومَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْعِتْقَ فِي الصَّحَّةِ لِأَنَّ الثَّابِتَ بِالْبَيِّنَةِ كَالثَّابِتِ مُعَايَنَةً وَهُوَ خَصْمٌ فِي إِقَامَتِهَا لِإثْبَاتِ حَقِّهِ.

عَلِيَّةُ الْعَبْدِ

الْمَيِّتِ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ، فَقَالَ الْمُوصِي لَهُ: أَعْتَقَهُ فِي الصَّحَّةِ، وَقَالَ الْوَارِثُ: أَعْتَقَهُ فِي الْمَرَضِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَارِثِ، وَلَا شَيْءَ لِلْمُوصِي لَهُ إِلَّا أَنْ يَفْضَلَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ، أَوْ تَقُومَ لَهُ الْبَيِّنَةُ أَنَّ الْعِتْقَ فِي الصَّحَّةِ، أَيُّ: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١).
وَذَلِكَ لِأَنَّ عَرَضَ الْوَارِثِ مِنْ هَذَا الْكَلَامِ: أَلَّا شَيْءَ لِلْمُوصِي لَهُ إِلَّا أَنْ يَفْضَلَ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ، فَيَكُونُ الْفَاضِلُ لِلْمُوصِي لَهُ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ فِي الْمَرَضِ مُقَدَّمٌ عَلَى سَائِرِ الْوَصَايَا لِقُوَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ وَالنَّقْضَ.

وَعَرَضُ الْمُوصِي لَهُ: أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَكُنْ وَصِيَّةً، بَلْ كَانَ مُنْقَذًا مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَلِي ثُلْثُ مَا سِوَى الْعَبْدِ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ، وَالْوَارِثُ يُنْكِرُ ذَلِكَ. أَيُّ: يُنْكِرُ اسْتِحْقَاقَ الْمُوصِي لَهُ الثَّلَاثَ سِوَى الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ: الْعِتْقُ كَانَ فِي الْمَرَضِ، وَهُوَ مُقَدَّمٌ عَلَى

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع النافع الكبير» [ص/ ٥٢٦].

ومن ترك [٢٩١/١] عبداً، فقال للوارث: أعتقني أبوك في الصّحة، وقال رجل لي عليّ أهلك ألف درهم، فقال: صدقتما؛ فإن العبد يسمى في قيمته عند أبي حنيفة، وقالوا: يعتق، ولا يسمى في شيء؛ لأن الدين والعتق هي الصّحة ظهراً معاً يتصديق الوارث في كلام واحد فصّاراً كأنهما كانا معاً، والعتق في الصّحة لا يوجب السّعاية وإن كان على المعتق دين.

في غلة المال

الوصية، فلما كان الوارث مكبراً، كان القول قوله؛ لأن القول [٢٠٠/٨] قول المكبر مع اليمين.

وإذا كان القول قول الوارث، كان الثلث مستحقاً بالعتق، وإن فصل شيء منه بين تمام الثلث؛ فهو للموصى له، وإن لم يفضل فلا شيء للموصى له، إلا إذا أقام البيّنة أن العتق كان في [٢٥١/٣] الصّحة، ولم يكن وصية، فحينئذ يكون ثلث المال للموصى له.

قالوا: ويجب أن يستحلف الوارث إن لم تقم^(١) بيّنة للموصى له بالثلث، ولأن الحوادث^(٢) تُضاف إلى أقرب الأوقات إذا جهل التاريخ، وأقرب الأوقات حال المرض، فيُضاف العتق الحادث إليه ليقين الأقرب ما لم يبين أنه من قبل.

قوله: (قال: ومن ترك عبداً، فقال للوارث: أعتقني أبوك في الصّحة، وقال رجل لي عليّ أهلك ألف درهم، فقال: صدقتما؛ فإن العبد يسمى في قيمته عند أبي حنيفة، وقالوا: يعتق، ولا يسمى في شيء)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورتها فيه: «محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه: في رجل مات وترك لنا وترك عبداً، فقال العبد: أعتقني أبوك في صحته، وقال رجل: لي عليّ أهلك

(١) في الأصل: «نكر». والمثبت من: «ال»، و«ما»، و«ع»، و«را»، و«م».

(٢) في الأصل: «الحادث». والمثبت من: «ال»، و«ما»، و«ع»، و«را»، و«م».

وَلَهُ أَنْ الْإِقْرَارَ بِالذَّيْنِ أَقْوَى لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَالْإِقْرَارُ بِالْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَالْأَقْوَى يَدْفَعُ الْأَذَنَى، فَقَصَبَتْهُ أَنْ يَبْطُلَ الْعِتْقُ أَضْلًا إِلَّا أَنَّهُ بَعْدَ وَقْعِهِ لَا يَحْتَمِلُ التُّطْلَانُ فَيَدْفَعُ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى بِإِيجَابِ السَّعَايَةِ، وَلِأَنَّ الدَّيْنَ أَسْبَقَ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ لَهُ مِنَ الْإِسْتِنَادِ فَيُسْتَنَادُ إِلَى حَالَةِ الصَّحَّةِ، وَلَا يُمَكِّنُ إِسْنَادُ الْعِتْقِ إِلَى نِلْكَ الْحَالَةِ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَمْنَعُ الْعِتْقَ فِي حَالَةِ الْمَرَضِ مَجَانًا فَتَجِبُ السَّعَايَةُ.

غاية البيان

أَلْفُ دَرَاهِمٍ، فَقَالَ الْإِبْنُ: صَدَقْتُمَا، قَالَ: يَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَتِهِ. وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رضي الله عنه: الْعُلَامُ حُرٌّ، وَلَا يَسْعَى فِي قِيَمَتِهِ، وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ حَقٌّ كُلُّهُ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُهُ مَعًا^(١). إِلَى هُنَا لَفْظُ [أَصْل] ^(٢) «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ».

لَهُمَا: أَنَّ الْعِتْقَ فِي الصَّحَّةِ وَالذَّيْنَ ظَهَرَا مَعًا بِتَصَدِيقِ الْإِبْنِ، فَلَمَّا ظَهَرَا مَعًا؛ اسْتَوَيْنَا وَلَمْ يَدْفَعْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، فَجُعِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقًّا، فَثَبَّتَ الْعِتْقُ فِي الصَّحَّةِ، وَالْعِتْقُ إِذَا ثَبَّتَ فِي الصَّحَّةِ لَا يُوجِبُ السَّعَايَةَ، وَإِنْ كَانَ الْمُعْتَقُ مَذْيُونًا، وَلَكِنْ لَمَّا لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ آخَرُ يَقْضَى بِهِ الدَّيْنُ؛ يَبْطُلُ الدَّيْنُ، وَإِنَّمَا قُلْنَا: لَمْ يَدْفَعْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَ كَانَ أَوْلَى مِنْ صَاحِبِهِ. كَذَا قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رضي الله عنه.

وَأَبَى حَنِيفَةَ رضي الله عنه وَجِهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الدَّيْنَ أَقْوَى مِنَ الْإِقْرَارِ بِالْعِتْقِ، فَدَفَعَ الْأَقْوَى الْأَضْعَفَ.

وَالدَّلِيلُ عَلَى ذَلِكَ: أَنَّ الدَّيْنَ يَصْحُحُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، لَا مِنَ الثَّلَاثِ فَحَسَبُ؛ وَأَنَّهُ^(٣) لَا يُعْتَبَرُ وَصِيَّةً مِنَ الْمَرِيضِ، وَالْإِقْرَارُ بِالْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ يَصْحُحُ مِنَ الثَّلَاثِ

(١) ينظر - الجامع الصغير / مع النافع الكبير [ص / ٥٢٦].

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، و«فا»، و«ع»، و«و»، و«م».

(٣) في الأصل: «الآله». والمثبت من: «ن»، و«فا»، و«ع»، و«و»، و«م».

وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَقَالَ رَجُلٌ لِي عَلَى
النَّبِيِّ أَلْفَ دِرْهَمٍ دَيْنٌ، وَقَالَ آخَرُ: كَانَ لِي عِنْدَهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَدِيعَةٌ، وَعِنْدَهُ
بِوَدِيعَةٍ أَقْوَى، وَعِنْدَهُمَا: سَوَاءٌ.

❦ غاية البيان ❦

لا غير، و[إسناد] ^(١) الإقرار بالعتق إلى الصحة إلتما يصح إذا لم يوجد المانع من الإسناد، وقد وجد المانع، وهو أن شغل الدين قارنه، فمنع الإسناد إلى حالة الصحة، فاقصر العتق على حالة المرض، فعلى هذا كان ينبغي أن يُطل العتق أصلاً، إلا أنه بعد وقوعه لا [٢/٣٠٠/٨] يحتمل الفسخ، فيفسخ من حيث المعنى بإيجاب السعاية على العبد، ويُقضى به الدين، ولا يُفسخ من حيث الصورة.

ولأنَّ الدَّيْنَ أَسْبَقُ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ إِسْنَادِ الدَّيْنِ إِلَى حَالَةِ الصَّحَّةِ ؛ لِأَنَّ
لِإِقْرَارِ الدَّيْنِ بِصُحِّهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ مِنَ الصَّحِيحِ وَالْمَرِيضِ جَمِيعًا ، وَإِسْنَادُ الْعَتَقِ
إِلَى حَالَةِ الصَّحَّةِ لَا يُمَكِّنُ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ يَمْتَنِعُ أَنْ يَقَعَ الْعَتَقُ مُجَانًا ، فَلَا جَرَمَ وَجَبَ
السُّعَايَةُ عَلَيْهِ ، وَإِقْرَارُ الْوَارِثِ بِعِتْزَةِ إِقْرَارِ الْمَرِيضِ ، وَلَوْ أَنَّ الْمَرِيضَ أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ
أَنَّهُ أَعْتَقَ هَذَا الْعَبْدَ فِي صِحَّتِهِ ، وَأَقَرَّ بِدَيْنٍ ؛ كَانَ الدَّيْنُ أَوَّلَى ، فَكَذَا إِذَا أَقَرَّ الْوَارِثُ .

قوله: (وَعَلَى هَذَا الْخِلَافُ إِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَتَرَكَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَقَالَ رَجُلٌ لِي عَلَى الْمَيِّتِ أَلْفَ دِرْهَمٍ دَيْنٌ، وَقَالَ [٥٠٣: ٣] آخَرُ: كَانَ لِي عِنْدَهُ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَدِيعَةٌ، بَعْدَهُ: الْوَدِيعَةُ أَقْوَى، وَعِنْدَهُمَا: سَوَاءٌ).

اعلم: أن صاحب «الهداية» رحمه الله جعل الوديعة أقوى عند أبي حنيفة رحمه الله،
 وحمل الدين والوديعة سواءً عند صاحبيه رحمه الله، وفي ذكر الخلاف على هذا الوجه
 نظرٌ عندي؛ لأن الكبار قبل صاحب «الهداية» ذكروا الخلاف على عكس هذا.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْحَاكِمَ الشَّهِيدَ قَالَ فِي «مَخْتَصَرِ الْكَافِي»: «لَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ:

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: ٤٥، و٩٢، و٩٤، و٩٥، و٩٦، و٩٧، و٩٨، و٩٩، و١٠٠.

غاية البيان

هذه الألف التي تركها أبوك وديعة لي، وقال آخر: لي على أبيك ألف درهم دين، فقال صدقتما؛ وإن أبا حنيفة قال الألف بينهما نصمان، وقال أبو يوسف ومحمد صاحب الوديعة أولى بها^(١). ذكره في باب إقرار الوارث بالدين.

والأثر أن الفقيه أبا الليث السمرقندي رحمه الله ذكر في كتاب «مختلف الرواية» في كتاب الإقرار، فقال^(٢): «ولو قال له رجل: هذا الألف الذي تركها أبوك وديعة لي، وقال آخر: لي على أبيك ألف درهم، فقال الابن: صدقتما؛ فإن في قول أبي حنيفة رحمه الله الألف بينهما نصمان، وعندهما: صاحب الوديعة أولى^(٣)».

وقال القدوري رحمه الله في كتاب «التقريب»: «قال أبو حنيفة رحمه الله إذا مات الرجل وترك ألفاً، فقال رجل لوارثه: لي على الميت ألف دين، وقال الآخر: هذه الألف وديعة لي، فقال الوارث: صدقتما؛ فالألف بينهما، وقال: هو لصاحب الوديعة».

وكذلك ذكر فخر الإسلام البرقوقي والصدّر الشهيد رحمه الله في شرحهما لـ: «الجامع الصغير»، فقالا: الوديعة أولى عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله هما سواء. وكذلك ذكر الإمام نجم الدين أبو حفص عمر النسفي رحمه الله في كتاب «الحصر»، وعلاء الدين [٣٠١ هـ] العالم في «المختلف» رحمه الله فقالا: «لو قال له رجل: هذه الألف التي تركها أبوك وديعة لي، وقال آخر: لي على أبيك ألف درهم دين، فقال: صدقتما؛ فالألف بينهما نصمان، وقال: صاحب الوديعة أحق بها».

(١) ينظر: «الكافي» للمعتمد الشهيد [٢٩٥/ق].

(٢) في الأصل: «فقال الابن» والمشتق من «ن»، و«٢٢»، و«ع»، و«ر»، و«م». وهو الموافق لما وقع في: «مختلف الرواية».

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث [١٦٩٣/٣].

«غاية البيان»

وكذلك في «المنظومة» في كتاب الإقرار في باب أبي حنيفة خلافاً لصاحبه .
 لَمْ تُرَكَّثِ الْفُ وَهَذَا يَدْعِي ۞ دَيْنًا وَذَلِكَ قَالَ هَذَا مُودِعِي
 زَالِبُنْ قَدْ صَدَّقَ هَذَيْنِ مَعَا ۞ اِسْتَوَيَا وَأُعْطِيَا مَنْ أَوْدَعَا
 وَبَيَّنَّ الْفَقِيهُ وَجْهَ الْخِلَافِ فِي «مُخْتَلَفِ الرَّوَايَةِ» ، فَقَالَ : «وَجْهٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ
 بِهِيَ أَنَّ صَاحِبَ الدَّيْنِ لَمَّا ادَّعَى الدَّيْنَ فَقَدْ ادَّعَى حَقًّا فِي الذِّمَّةِ مَنْقُولًا إِلَى الْعَيْنِ ،
 فَصَارَ مُدَّعِيًا الْعَيْنَ ، وَصَاحِبُ الْوَدِيعَةِ يَدْعِي الْعَيْنَ أَيْضًا ، فَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَكُلُّ
 وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدْعِي الْعَيْنَ ، فَصَارَ مُدَّعِيًا لِلْعَيْنِ ، وَصَدَّقَهُمَا الْوَارِثُ فِيهِ ، فَصَارَ
 لِسُتَوَيْتَيْنِ بِالْحَقِّ فِي تِلْكَ الْعَيْنِ ، فَكَانَ بَيْنَهُمَا .

وَجْهٌ قَوْلُهُمَا : أَنَّ صَاحِبَ الدَّيْنِ يَدْعِي حَقًّا فِي الذِّمَّةِ انْتَقَلَ إِلَى الْعَيْنِ ،
 وَصَاحِبُ الْوَدِيعَةِ يَدْعِي الْعَيْنَ ، فَإِذَا قَالَ : صَدَقْتُمَا فَقَدْ سَبَقَ حَقُّ صَاحِبِ الْوَدِيعَةِ
 إِلَى الْعَيْنِ قَبْلَ ثُبُوتِ حَقِّ صَاحِبِ الدَّيْنِ فِيهِ ، فَكَانَ أَوْلَى بِهِ» (١) .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ .



(١) ينظر : «مُخْتَلَفِ الرَّوَايَةِ» لِأَبِي الْلَيْثِ السَّمَرَقَنْدِيِّ [١٦٩٣/٤ ، ١٦٩٤] .

فصل

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى؛ قُدِّمَتِ الْفَرَائِضُ مِنْهَا، قُدِّمَتْهَا الْمُوصِي، أَوْ أَخَّرَهَا، مِثْلُ: الْحَجِّ، وَالزَّكَاةِ، وَالْكَفَّارَاتِ؛ لِأَنَّ الْفَرِيضَةَ

﴿حكمة لبيد﴾

فصل

تَرَحَّمَ هَذَا الْمَصَلِّ فِي «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ»: بِيَابِ الْوَصَايَا إِذَا ضَاقَ عَنْهَا الثَّلَاثُ. وَقِيلَ: قُدِّمَ بَابُ الْعَتَقِ فِي الْمَرَصِيِّ عَلَى هَذَا الْفَصْلِ لِقُوَّتِهِ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ لَا يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِوَصَايَا مِنْ حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى؛ قُدِّمَتِ الْفَرَائِضُ مِنْهَا، قُدِّمَتْهَا الْمُوصِي، أَوْ أَخَّرَهَا، مِثْلُ: الْحَجِّ، وَالزَّكَاةِ، وَالْكَفَّارَاتِ) [٥٣٢/٢]، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتِمَامُهُ فِيهِ: «وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قُدِّمَتْهُ الْمُوصِي» ^(١).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «قَالَ هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُونُسَ وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رحمته: إِنْ كُلُّ شَيْءٍ كَانَ جَمِيعُهُ لِلَّهِ فِي وُجُوهٍ مِنَ الْحَجِّ، وَالصَّدَقَةِ، وَالْعَتَقِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، فَأَوْصَى بِهِ رَجُلٌ، فَكَانَ الثَّلَاثُ لَا يَتَلَفُ ذَلِكَ كُلُّهُ، فَإِنْ كَانَ كُلُّهُ تَطَوُّعًا بُدِيَءَ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ مِمَّا نَطَقَ بِهِ حَتَّى يَأْتِيَ بِهِ عَلَى آخِرِهِ، أَوْ يَنْقُضِي الثَّلَاثُ، فَيَتَبَلَّغُ مَا بَقِيَ».

وكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ الْوَصَايَا كُلُّهَا فَرِيضَةً بُدِيَءَ بِالْأَوَّلَى فَالْأَوَّلَى حَتَّى يَكُونَ الْقُصَانُ عَلَى الْآخِرِ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فَرِيضَةً، وَبَعْضُهُ تَطَوُّعًا؛ بُدِيَءَ بِالْفَرِيضَةِ وَإِنْ أَخَّرَهَا، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ تَطَوُّعًا، وَبَعْضُهُ مِنْ شَيْءٍ أَوْجَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ؛ بُدِيَءَ بِالَّذِي أَوْجَبَهُ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَخَّرَهُ فِي مَنَظِقِهِ. قَالَ هِشَامٌ: (إِلَى هَذَا [٥٣٠/٨] قَوْلُهُمْ جَمِيعًا).

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/٢٤٣].

أَقَمُّ مِنَ النَّافِلَةِ، وَالظَّاهِرُ مِنْهُ الدَّاءَةُ بِمَا هُوَ الْأَهَمُّ.

عنه السار

وَقَالَ مُحَمَّدٌ نَفْسُهُ: وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُ فَرِيضَةً، وَبَعْضُهُ شَيْئًا أَوْجَهَ عَلَى نَفْسِهِ، وَبَعْضُهُ تَطَوُّعًا، بُدِئَ بِالْفَرِيضَةِ، وَإِنْ كَانَ آخَرُهَا فِي مَنْطِقِهِ، ثُمَّ بُدِئَ بِالَّذِي أَوْجَهَ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ هُوَ آخَرُهُ فِي مَنْطِقِهِ، وَيُقْعَلُ التَّطَوُّعُ آخِرَ ذَلِكَ.

وَإِنْ كَانَ أَوْصَى مَعَ هَذَا بَوْصَايَا لِلْإِنْسَانِ بِعَيْنِهِ؛ تَحَاصُّوا جَمِيعًا فِي الثُّلُثِ، فَأُعْطِيَ كُلُّ إِنْسَانٍ حَقُّهُ عَلَى قَدْرِ مَا أَصَابَهُ، ثُمَّ جَمِيعُ مَا أَصَابَ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا يُنْفَعُ بِهِ كَمَا وَصَفْتُ لَكَ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ عِتْقٌ بَدَأَ بِدِيٍّ بِهِ قَتْلَ هَذَا، وَإِنْ كَانَ قَالَ: ائْتَمُّوا - [يَعْنِي: ائْتَمُّوا فَلَانًا] ^(١) - تَحَاصُّوا.

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ رحمته: «وَإِذَا ابْتَدَأَ بِالْفَرَائِضِ بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَلِأَوَّلِهِ مِنْهُ فِي اللَّفْظِ، وَكَذَلِكَ إِذَا بَدَأَ بِالْوَاجِبِ بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَلِأَوَّلِهِ مِنْهُ فِي اللَّفْظِ، وَكَذَلِكَ التَّطَوُّعُ إِذَا ضُمَّ إِلَيْهِ بُدِئَ بِالْأَوَّلِ فَلِأَوَّلِهِ مِنْهُ فِي لَفْظِ الْمُوَصِيِّ.

قَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمته فِي «نَوَادِرِهِ»: سَمِعْتُ مُحَمَّدًا رحمته قَالَ فِي رَحْلِ أَوْصَى بِكَفَّارَةِ قَتْلِ، وَكَفَّارَةِ أَيْمَانٍ، وَبَصَدَقَةِ فِطْرِ، وَبِضَحَايَا تُدْبَحُ عَنْهُ وَيُدَوَّرُ، قَالَ: أَبْدَأُ بِكَفَّارَةِ الْقَتْلِ، وَكَفَّارَةِ الْيَمِينِ إِنْ بَلَغَ الثُّلُثُ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَتَلُغْ بَنَاتُ بِمَا بَدَأَ بِهِ مِنْهُمَا.

وَإِنْ بَلَغَ الثُّلُثُ [ذَلِكَ] ^(٢) وَقَضَّلَ عَنْهُمَا؛ جَعَلْتُ صَدَقَةَ الْفِطْرِ بَعْدَهُمَا؛ لِأَنَّهَا أَحَبُّ عِنْدِي مِنَ الْأَضْحَايِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْتَلِفْ أَحَدٌ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ، وَقَدْ اِحْتَلَفُوا فِي الْأَضْحَايِ، فَرَأَاهُ بَعْضُهُمْ وَاجِبًا عَلَى الْغَنِيِّ وَلَمْ يَرَ بَعْضُهُمْ، فَإِنْ فَضَّلَ الثُّلُثُ عَنْ صَدَقَةِ الْفِطْرِ؛ جَعَلْتُ مَا بَقِيَ فِي الثُّدُورِ ^(٣). إِلَى هَذَا لَفْظُ الشَّيْخِ أَبِي الْحَسَنِ

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْفُوفَيْنِ، زِيَادَةُ مِنَ «ن»، وَ«فَاعِلٌ»، وَ«ع»، وَ«ر»، وَ«م».

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْفُوفَيْنِ: زِيَادَةُ مِنَ: «ر».

(٣) يَنْظُرُ: اشرح مختصر الكرخي للقدوري [ق/٤٠٠/١] قاماد.

الكرخي في «مختصره».

اعلم: أن الشيخ أبا الحسن الكرخي لم يُقدِّم بعض الفرائض على البعض، بل قال: يُبدَأُ بما بدأ به الموصي وأخذه علماؤنا عليه السلام، ولكن الشيخ أبا جعفر الطحاوي قدَّم في «مختصره» الزكاة على الحج الفريضة.

قال في «شرح الأقطع» عليه السلام: «وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف عليه السلام، وفي رواية أخرى: يُقدِّم الحج»^(١).

وقال القدوري عليه السلام في كتاب «التقريب»: وعن أبي يوسف عليه السلام في «الإملاء»: أن الزكاة والحج يتحصَّان.

وقال ابن شجاع: عن أبي يوسف: إن الزكاة والحج سواء، ثم رجع وقال: الزكاة أوجب. كذا في «التقريب».

ثم نرجع إلى ما قال في «المتن»، فنقول: إنما يُقدِّم الفرائض، وإن أخرها الموصي [٣٠٢/٨] في منطقهِ؛ لأنَّ أمورَ المسلمين مَحْمُولَةٌ على الصَّحَةِ ما أمَكَرَ [٣٠٢/٣]، والحَمْلُ على الصَّحَةِ في تقديمِ الفرائض؛ لأنَّ الفريضة هي الأهمُّ، والأولى من التَّوَاتُلِ، وَلَا يُحْمَلُ على أنَّ الموصي اشْتَغَلَ بِالسَّافِلَةِ، وَضَيَّعَ الفريضةَ، فَلِذَلِكَ قُدِّمَتِ الفرائضُ، وَهَذَا لِأَنَّ مِنْ شَأْنِ الْمُؤْمِنِ أَنْ تَأْذِيَةَ الفرائضِ أَهَمُّ عِنْدَهُ مِنَ السَّافِلَةِ، وَإِنْ تَسَاوَتْ الفرائضُ فِي الْقُوَّةِ بُدِئَ بِمَا بَدَأَ بِهِ الْمُوصِي؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يَبْتَدِئُ بِمَا هُوَ الْأَهَمُّ.

ثم تقديمُ الزكاة والحج على الكفَّاراتِ لِقُوَّتِهِمَا، حَيْثُ جَاءَ فِيهِمَا مِنَ الْوَعِيدِ مَا لَمْ يَأْتِ فِي الْكُفَّاراتِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ

(١) بطر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٤٠٣/٢].

﴿ فيه البيان ﴾

وَلَا يُفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذَابٍ أَلِيمٍ ﴿٣٥﴾ يَوْمَ يُخَمَّى عَلَيْهِمَا فِي آَرَاحِهِمَا
مُتَخَوِّينَ يَهَايِبُهُنَّ وَجُودُهُنَّ وَظُهُورُهُنَّ هَذَا مَا كَدَرْتُمْ لِأَنفُسِكُمْ فَذُقُوا مَا
كُنْتُمْ تَكْذِبُونَ ﴿النورة ٣٤-٣٥﴾.

وروى البخاري رحمه الله: بإسناده إلى أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من
أتاه الله مالا، فلم يؤد زكاته؛ مثل له ماله يوم القيامة شجاعا أقرع، له زبيبتان
يطوقه يوم القيامة، ثم يأخذ بلهزمتيه - يعني: بشدقيه - ثم يقول: أنا مالك، أنا
كرك، ثم تلا ﴿وَلَا يَحْسَبَنَّ الَّذِينَ يَبْخُلُونَ بِمَا أَنْتَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ الآية»^(١).

والأقرع: الذي لا شعر على راسه؛ لكثرة سمنه.

والزبيبتان: زبدتان^(٢) في شدقيه، ويقال: نقطتان سوداوان فوق عينيه.

وقال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مِمَّنْ شَاءَ إِلَى سَبِيلٍ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ
اللَّهَ غَفُورٌ عَلِيمٌ﴾ [آل عمران: ٩٧]، أي: ومن لم يحج.

وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من مات ولم يحج؛ فليمت يهوديا، أو
نصرانيا»^(٣).

ثم كفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر؛ لأن كتاب الله
تعالى دل على وجوب هذه الكفارات، ولم يدل على وجوب صدقة الفطر، ثم
صدقة الفطر مقدمة لاتفاق الأمة على وجوبها على الأصح؛ لاختلافهم في

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الزكاة/ باب إنم ماع الزكاة [رقم/١٣٣٨]، وغيره من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) يقال: تكلم فلان حتى زب زبب شدقا، أي: خرج الزبد عليهما، أو هما باهان يخرجان من فيه، وهو
أوحش ما يكون من الحيات وأحيتها. ينظر: «إرشاد الساري» لمفسرنا [٩/٣].

(٣) مضمي تخريجه من حديث أبي أمامة رضي الله عنه.

وجوبها، وعلى هذا القياس يُقدَّم بعض الواجبات.

قال في «نحمة الفقهاء»: «قالوا: يُقدَّم الحجُّ والركاةُ على الكفاراتِ المذكورة، هي الغُرَابُ، ثم هذه الكفاراتُ مُقدَّمةٌ على صدقةِ المطرِ، والفِطْرَةُ مُقدَّمةٌ على كسرةِ المطرِ؛ لأنها تثبتُ بخبرِ الواحدِ، وهي مُقدَّمةٌ على المُنْدُورِ، وهو [٥٣٠٠] مُثْلَةٌ على الأُضْحِيَّةِ، والواجباتُ كلها مُقدَّمةٌ على التَّوَاتُرِ.

وأما إذا كانَ [مع] ^(١) الوصايا الثابتة لحقِّ الله تعالى [الوصية] ^(٢) للآدمي، فإنَّ الموصي له بضربٍ مع الوصايا في القُرْبِ، ويُجْعَلُ كُلُّ جِهَةٍ مِنْ جِهَاتِ الْقُرْبِ مُفْرَدَةً بِالضَّرِبِ، وَلَا يُجْعَلُ كُلُّهَا جِهَةً وَاحِدَةً، فَإِنْ قَالَ: ثُلُثُ مَالِي فِي الْحَجِّ وَالرَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ وَلِزَيْدٍ، يُقَسَّمُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَصْهُمٍ؛ لِأَنَّ كُلَّ جِهَةٍ غَيْرُ الْأُخْرَى، وَلَا يُقَدَّمُ الْفَرَضُ عَلَى حَقِّ الْآدَمِيِّ لِحَاجَةِ الْعَبْدِ إِلَيْهِ.

ثُمَّ إِنَّمَا يُضْرَفُ الثُّلُثُ إِلَى الْحَجِّ [٥٣٣ ٣] الْفَرَضِ وَالزَّكَاةِ وَالْكَفَّارَاتِ إِنْ أَوْصَى بِهَا، فَأَمَّا بِدُونِ الْوَصِيَّةِ؛ فَلَا يُضْرَفُ الثُّلُثُ إِلَيْهَا، بَلْ تَسْقُطُ عِنْدَنَا جَلَاءً لِلشَّافِعِيِّ رحمته الله عَلَى مَا مَرَّ فِي الزَّكَاةِ، وَإِذَا أَوْصَى يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ لَتَعْلُقِ حَقَّ الْوَرِثَةِ بِمَالِهِ فِي مَرَضٍ الْمَوْتِ ^(٣).

ثُمَّ وَجْهُ الرَّوَايَةِ الَّتِي رُوِيََتْ: أَنَّ الزَّكَاةَ مُقَدَّمةٌ عَلَى الْحَجِّ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ فِي الْقُرْآنِ، وَلَكِنَّ الزَّكَاةَ تَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ الْعَبْدِ، فَكَانَتْ أَقْوَى، وَلِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ بِالزَّكَاةِ جِزَاءٌ مِنَ الْمَالِ، وَأَدَاءُ الزَّكَاةِ بِالْمَالِ، وَأَدَاءُ الْحَجِّ بِالْبَدَنِ، فَكَانَتْ الزَّكَاةُ فِي تَعَلُّقِهَا بِالْمَالِ أَقْوَى مِنَ الْحَجِّ، وَلِهَذَا تَسْقُطُ الزَّكَاةُ بِهَلَاكِ الْمَالِ.

(١) ما بين المعقولين زيادة من ٥٥١، و٥٤٤.

(٢) ما بين المعقولين: زيادة من: ٥٥١، و٥٤٤، و٥٣٨، و٥٢٤، و٥١٤.

(٣) ينظر: «نحمة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢١١/٣ - ٢١٢].

غاية البيان

ولأنَّ أبا بكر الصِّديق عليه السلام وسائر الصحابة عليهم السلام قاتلوا أهل الردَّة على منع زكاة، فصار لها هذه العزَّة، فكانت أولى بالتقديم من الحج، لأنَّ الإمام لا مدخل له في إجبار الناس على الحج.

ووجه الرواية الأخرى: أنَّ الحج فرضُ العمر، وهو مُتعلِّقُ بالمال والدين جميعاً، والزكاة بالمال وحده، فكان الحج أقوى.

وقال شمس الأئمة الشَّرَحِيُّ رحمته الله في «شرح الكافي»: «وإن قيل: إذا كانت الوصية بحجَّة الإسلام، فينبغي أن يُقدَّم على الوصية لإنسان، لأنَّ ذلك ليس بمرض، والحج فريضة»^(١).

قلنا: هذا إذا اتَّحدَ المُستَحِقُّ، فأما [عند اختلاف] ^(٢) المُستَحِقِّ فلا يُعْتَرُ قوَّة الوصية.

وقال الإمام الأسيَّجاني رحمته الله في كتاب الزكاة من «شرح الطحاوي» رحمته الله ^(٣): «إنَّ الوصايا لا تخلو: إمَّا أن تكون كُلُّها لله تعالى، أو كُلُّها للعباد، وما كان لله تعالى فلا يخلو: إمَّا أن يكون فرائض، كالزكاة، والحج، والصوم، والصلاة، أو كُلُّها واجبات، كال كفارات، والتَّذَوُّر، وصدقة الفِطْرِ، أو كُلُّها تطوُّع، كالوصية بحج التطوُّع، أو الصدقة على الفقراء، أو للمسجد [٣٠٢/٨ م] وما أشبه ذلك، أو جَمَعَ هذه الوصايا كُلُّها.

فإن كان ثلثُ ماله يَحْتَمِلُ جميع ما أوصى به؛ فإنه تُنفَّذُ وصاياه كُلُّها من ثلث ماله، وإن كان ثلثُ ماله لا يَحْتَمِلُ جميع ذلك، فإن أجارتِ الورثة فذلك، وإن

(١) بنظر «المبسوط» للشَّرَحِيِّ [١٧٥/٢٧].

(٢) وقع في الأصل: «إذا اختلف»، والمثبت من: «ن»، و«ع»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٣) من ما بدأ النقل من «شرح مختصر الطحاوي» للأسيَّجاني [١٢١/ق].

لَمْ تُجْزِ الْوَرِثَةُ فَإِنَّهُ يُنْظَرُ: إِنْ كَانَتْ وَصَايَاهُ كُلُّهَا لِلْعَبَادِ فَإِنَّهُمْ يَتَصَارَبُونَ بِالثَّلَاثِ بَيْنَهُمْ بِالْحِصَصِ.

فَإِنْ كَانَتْ وَصَايَاهُ كُلُّهَا لِلَّهِ تَعَالَى فَإِنَّهُ يُنْظَرُ: إِنْ كَانَ كُلُّهَا فَرَائِضَ يُبْدَأُ بِمَا بَدَأَ بِهِ، وَإِنْ كَانَتْ كُلُّهَا وَاجِبَاتٍ فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِمَا بَدَأَ بِهِ أَيْضًا، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَتْ كُلُّهَا تَطَوُّعًا، وَإِنْ كَانَ بَعْضُهَا فَرَائِضَ، وَبَعْضُهَا وَاجِبَاتٍ، وَبَعْضُهَا تَطَوُّعًا: فَإِنَّهُ يُبْدَأُ بِالْفَرَائِضِ أَوَّلًا وَإِنْ أَخَّرَهَا، ثُمَّ بِالْوَاجِبَاتِ، ثُمَّ بِالتَّطَوُّعِ.

وَإِنْ جَمَعَ هَذِهِ الْوَصَايَا كُلُّهَا، فَإِنَّهُمْ يَتَصَارَبُونَ فِي الثَّلَاثِ بِوَصَايَاهُمْ، فَمَا أَصَابَ الْعِبَادَ فَهُوَ لَهُمْ، وَلَا يُقَدَّمُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَمَا كَانَ لِلَّهِ يُجْمَعُ ذَلِكَ كُلُّهُ، فَيُبْدَأُ مِنْهَا^(١) بِالْفَرَائِضِ، ثُمَّ بِالْوَاجِبَاتِ، ثُمَّ بِالتَّطَوُّعِ، هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْوَصِيَّةِ عِتْقٌ مُتَقَدِّمٌ، وَلَا مُحَابَاةٌ مُنْجِزَةٌ.

فَإِنْ كَانَ ثَمَّ عِتْقٌ مُتَقَدِّمٌ، أَوْ مُحَابَاةٌ مُنْجِزَةٌ؛ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام: إِنْ كَانَتْ الْمُحَابَاةُ مُتَقَدِّمَةً عَلَى الْعِتْقِ؛ يُصَرَّفُ الثَّلَاثُ كُلُّهُ [٥٣٣/٢] إِلَى الْمُحَابَاةِ، ثُمَّ إِلَى الْعِتْقِ، ثُمَّ إِلَى سَائِرِ الْوَصَايَا، وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ مُتَقَدِّمًا يُصَرَّفُ الثَّلَاثُ إِلَيْهِمَا جَمِيعًا، فَإِذَا فَضَلَ مِنْهُ، فَحِينَئِذٍ يُصَرَّفُ الْفَضْلُ إِلَى سَائِرِ الْوَصَايَا، وَعِنْدَهُمَا: الْمُحَابَاةُ وَسَائِرُ الْوَصَايَا سَوَاءٌ، وَإِنَّمَا يُصَرَّفُ إِلَى الْعِتْقِ، فَإِنْ فَضَلَ مِنْهُ يُصَرَّفُ إِلَى سَائِرِ الْوَصَايَا وَالْمُحَابَاةِ^(٢). كَذَا فِي «شرح الطحاوي» عليه السلام.

وَقَالَ الْإِمَامُ الْأَشْجَعِيُّ أَيْضًا عليه السلام فِي كِتَابِ الْوَصَايَا مِنْ «شرح الطحاوي»: «وَإِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِوَصَايَا، فَإِنْ جَوَّزَهَا مِنَ الثَّلَاثِ إِنْ بَلَغَ الثَّلَاثَ لَهُمْ جَمِيعًا، فَبِهَا وَنَعِمَتْ، وَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ كَيْفَ يُقَسَّمُ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمْ؟»

(١) فِي الْأَصْلِ: «مِنْهُ». وَامْتَبَت مِنْ «الْأ»، وَ«الْأ»، وَ«ع»، وَ«ر»، وَ«م».

(٢) إِلَى هَا أَنْتَهَى الْقَوْلُ مِنْ «شرح مختصر الطحاوي» لِلْأَشْجَعِيِّ [ق/١٢١].

(وإن تساوت في القوة بُدئَ بما قَدَّمَهُ المُرْصِي إِذَا صَاقَ عَنْهَا الثُّلُثَ)
لأنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَتَّبِعُ بِالْأَهَمِّ. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ أَنَّهُ يَتَّبِعُ بِالزَّكَاةِ وَيُقَدِّمُهَا عَلَى
الْحَجِّ وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، وَفِي رَوَايَةٍ عَنْهُ أَنَّهُ يُقَدِّمُ الْحَجَّ
وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ.

غاية السبيل

فَالْوَجْهُ فِي ذَلِكَ: أَنَّ تَجَمُّعَ الوَصَايَا كُلِّهَا، ثُمَّ يُنْتَظَرُ إِلَيْهَا وَالْثُلُثُ، وَالْإِ
تِّصَالُهَا مِنَ الوَصَايَا، فَإِنْ كَانَ النُّقْصَانُ مِثْلَ نَصَبِ الوَصَايَا؛ يُنْقَضُ مِنْ كُلِّ وَصِيَّةٍ
بِضْعُهَا، وَإِنْ كَانَ النُّقْصَانُ مِثْلَ ثُلُثِهَا يُنْقَضُ مِنْ كُلِّ وَصِيَّةٍ ثُلُثُهَا، نَحْوَمَا إِذَا بَلَغَتْ
الْوَصَايَا أَلْفَ دِرْهَمٍ، لِأَحَدِهِمْ مِئَةٌ، وَلِلْآخَرِ مِئَتَانِ، وَلِلْآخَرِ ثَلَاثُ مِئَةٍ، وَلِلْآخَرِ
أَرْبَعُ مِئَةٍ، وَثُلُثُ مَالِهِ خَمْسُ مِئَةٍ، فَالنُّقْصَانُ مِنْ خَمِيسِ مِئَةٍ إِلَى مَبْلَغِ الوَصَايَا مِثْلُ
[٢١٨/٢١٨] نَصْفِهَا خَمِيسُ مِئَةٍ، فَيُنْقَضُ مِنْ كُلِّ وَصِيَّةٍ نَصْفُهَا، لِصَاحِبِ الْمِئَةِ
خَمْسُونَ، وَلِصَاحِبِ الْمِئَتَيْنِ مِئَةٌ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسُ^(١).

قَوْلُهُ: (وَفِي رَوَايَةٍ عَنْهُ)، أَيُّ: عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله: يُقَدِّمُ الْحَجَّ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رحمته الله،
جَعَلَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» رحمته الله تَقْدِيمَ الْحَجِّ عَلَى الزَّكَاةِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ، أَمَّا الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «شرح مختصر الكرخي»، وَشَمْسُ الْأَنْمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي «شرح الكافي»^(٢)،
وَشَمْسُ الْأَنْمَةِ الْبَيْهَقِيُّ فِي «الكفاية»، وَصَاحِبُ «التَّحْفَةِ»^(٣)، وَالشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ
فِي «شرح الأقطع» رحمته الله^(٤): جَعَلُوا تَقْدِيمَ الزَّكَاةِ عَلَى الْحَجِّ قَوْلَ مُحَمَّدٍ رحمته الله.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ فِي «شرحِهِ»: إِنَّ كَفَّارَةَ الْقَتْلِ تُقَدَّمُ عَلَى كَفَّارَةِ الْيَمِينِ وَالظُّهَارِ،
ثُمَّ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ تُقَدَّمُ عَلَى كَفَّارَةِ الظُّهَارِ، وَعَدْلٌ بِأَنَّ كَفَّارَةَ الْقَتْلِ أَقْوَى لَشَرْطِ

(١) ينظر: «شرح محصر الطحاوي» للأسيبجاني [٣١٥/ق].

(٢) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [١٤٦/٢٧] طبعة وزارة الأوقاف القطرية.

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢١١/٣].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٤٠٣/ق٢].

وَجْهَ الْأُولَىٰ أَتَهُمَا وَإِنْ اسْتَوَيْنَا فِي الْفَرِيضَةِ فَالزَّكَاةُ تَعْلَقُ بِهَا حَقُّ الْعِبَادِ
مَكَانَ أُولَىٰ.

وَجْهَ الْأُخْرَىٰ أَنَّ الْحَجَّ يُقَامُ بِالْمَالِ وَالنَّفْسِ وَالزَّكَاةُ بِالْمَالِ قَصْرًا عَلَيْهِ
وَكَانَ الْحَجُّ أَقْوَىٰ، ثُمَّ تُقَدَّمُ الزَّكَاةُ وَالْحَجُّ عَلَى الْكَفَّارَاتِ لِمَزِيَّتِهِمَا عَلَيْهَا فِي
الْقُوَّةِ، إِذْ قَدْ جَاءَ فِيهِمَا مِنَ الْوَعِيدِ مَا لَمْ يَأْتِ فِي الْكَفَّارَاتِ.

وَالْكَفَّارَةُ فِي الْقَتْلِ وَالظُّهَارِ وَالْيَمِينِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى صَدَقَةِ الْفِطْرِ لِأَنَّهُ عُرِفَ
وُجُوبُهَا دُونَ صَدَقَةِ الْفِطْرِ، وَصَدَقَةُ الْفِطْرِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْأُضْحِيَّةِ لِلاتِّفَاقِ عَلَى
وُجُوبِهَا بِالْقُرْآنِ وَالْإِخْتِلَافِ فِي الْأُضْحِيَّةِ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ يُقَدَّمُ بَعْضُ
الْوَاجِبَاتِ عَلَى الْبَعْضِ.

وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ قُدِّمَ مِنْهُ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي لِمَا بَيَّنَّا وَصَارَ كَمَا صَرَّحَ
بِذَلِكَ.

غاية البيان

الإسلام فيها، وكفارة اليمين أقوى من كفارة الظُّهَارِ؛ لأنها وَجِبَتْ بِهَيْتِكَ حُرْمَةٍ
اسمِ اللَّهِ تَعَالَى، وكفارة الظُّهَارِ وَجِبَتْ بِإِيجَابِ حُرْمَةٍ عَلَى نَفْسِهِ.

ولنا فيه نظر؛ لأنه خِلَافُ الْمَنْصُوصِ مِنَ الرَّوَايَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَدَّمُ الْفَرَائِضُ
بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ، وَكَذَلِكَ الْوَاجِبَاتُ لَا يُقَدَّمُ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ، وَكَذَا التَّطَوُّعُ،
بَلْ يُبْدَأُ بِمَا بَدَأَ بِهِ الْمُوصِي، وَقَدْ مَرَّ نَصُّ الْكَرْخِيِّ عَلَى ذَلِكَ.

وَالْمَعْنَى فِي تَقْدِيمِ الزَّكَاةِ وَالْحَجِّ عَلَى الْكَفَّارَاتِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهُوَ الْوَعِيدُ،
وَمِثْلُ ذَلِكَ لَا يُوجَدُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْكَفَّارَاتِ.

قوله: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارة إلى قوله: (لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ يَتَّبَعُ بِالْأَهَمِّ).

قوله: (صَرَّحَ بِذَلِكَ)، أي: بالتقديم، وتصريحه به أن يَقُولَ: ابْدءُوا بِمَا بَدَأْتُ

قَالُوا: إِنَّ الثَّلَاثَ يُقَسَّمُ عَلَى جَمِيعِ الوَصَايَا مَا كَانَ لِلَّهِ تَعَالَى وَمَا كَانَ لِلْعَقْدِ، فَمَا أَصَابَ الْقُرْبَ صُرِفَ إِلَيْهَا عَلَى [٢٠٩١/٥] التَّرْتِيبِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ وَيُقَسَّمُ عَلَى عَدَدِ الْقُرْبِ وَلَا يُجْعَلُ الْجَمِيعُ كَوَصِيَّةٍ وَاحِدَةٍ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَقْصُودُ بِجَمِيعِهَا رِضًا لِلَّهِ تَعَالَى فَكُلُّ وَاحِدَةٍ فِي نَفْسِهَا مَقْصُودٌ فَتَقَرَّدُ كَمَا تَقَرَّدُ وَصَايَا الْأَدْمِيَّةِ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِحُجَّةِ الْإِسْلَامِ، أَحْبَبُوا عَنْهُ رَجُلًا مِنْ بَلَدِهِ بِحُجِّ رَاكِبًا؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ لِلَّهِ تَعَالَى الْحُجُّ مِنْ بَلَدِهِ وَلِهَذَا يُعْتَبَرُ فِيهِ مِنَ الْمَالِ مَا يَكْفِيهِ مِنْ بَلَدِهِ وَالْوَصِيَّةُ لِأَدَاءِ مَا هُوَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ وَإِنَّمَا قَالَ رَاكِبًا لِأَنَّهُ لَا يُلْزَمُهُ أَنْ يَحُجَّ نَاسِيًا فَانْصَرَفَ إِلَيْهِ عَلَى التَّوَجُّهِ الَّذِي وَجَبَ عَلَيْهِ.

شأنه البهتان

قَوْلُهُ: (قَالُوا)، أَيُّ: فِيمَا إِذَا كَانَ مَعَ الْوَصَايَا الثَّابِتَةِ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى حَقُّ الْأَدْمِيِّ؛ وَالْمُوصِي لَهُ يَضْرِبُ مَعَ الْوَصَايَا فِي الْقُرْبِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا عَنْ «النَّحْفَةِ» قَبْلَ هَذَا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى بِحُجَّةِ الْإِسْلَامِ؛ أَحْبَبُوا عَنْهُ [رَجُلًا] ^(١) مِنْ بَلَدِهِ بِحُجِّ رَاكِبًا)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»، وَتَمَامُهُ فِيهِ: «إِنْ لَمْ تَبْلُغِ الْوَصِيَّةُ النِّفْقَةَ؛ أَحْبَبُوا عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ» ^(٢).

وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُوصِي أَنْ يَحُجَّ رَاكِبًا مِنْ بَلَدِهِ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَرِطُ مِنَ الرَّادِّ وَالرَّاحِلَةِ مَا يَكْفِيهِ مِنْ بَلَدِهِ، فَتَنْصَرِفُ الْوَصِيَّةُ [٣/٥٣٤] إِلَى مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ، وَقَدْ أَوْجَبَهُ تَعَالَى مِنْ بَلَدِهِ، فَلَا جَرَمَ يُحُجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ تَمْيِيزِ الْوَصِيَّةِ بِالْحُجِّ أَدَاءُ مَا عَلَى الْمُوصِي.

وَإِنَّمَا وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَحُجَّ رَاكِبًا؛ لِأَنَّ الْمُوصِي لَمْ يَكُنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحُجُّ إِذَا

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ: «ن»، وَ«مَا»، وَ«ع»، وَ«ر»، وَ«م».

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/٢٤٣].

فَإِنْ لَمْ تَبْلُغِ الْوَصِيَّةَ النَّفَقَةَ أَحْجُوا عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ.

وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَحُجُّ عَنْهُ، لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالْحَجَّةِ عَلَى صِفَةٍ عَدِمْنَاهَا فِيهِ، غَيْرَ أَنَّا جَوَزْنَاهُ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ الْمُوصِيَّ قَصَدَ تَنْفِيذَ الْوَصِيَّةِ فَيَجِبُ تَنْفِيذُهَا مَا أَمَكُنَ وَالْمُمْكِنُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ إِبْطَالِهَا رَأْسًا، وَقَدْ قَرَرْنَا بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْعَتَقِ مِنْ قَبْلُ.

غاية البيان

لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الرَّاحِلَةِ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِذَا قَدَرَ عَلَى الرَّاحِلَةِ، فَإِذَا وَجَبَ الْحَجُّ عَلَى الْمُوصِي رَاكِبًا، يَنْزِمُ الْأَدَاءُ عَلَى الَّذِي يَحُجُّ عَنْهُ كَذَلِكَ رَاكِبًا.

قَالَ^(١) الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله فِي [٢/٣٠٤/٨] كِتَابِ «نَكْتِ الْوَصَايَا»: «وَذَكَرَ هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمته الله أَنَّهُ قَالَ: لَوْ أَنَّ إِبْسَانًا قَالَ: أَنَا أَحُجُّ مِنْ مَنْزِلِهِ بِهَذَا الْمَالِ مَا شِئًا؛ لَا يُعْطَى لَهُ ذَلِكَ، وَيَحُجُّ مِنْ حَيْثُ يَبْلُغُ رَاكِبًا؛ لِأَنَّ الْحَجَّ الْمَعْرُوفَ أَنْ يَكُونَ رَاكِبًا، فَالْوَصِيَّةُ انْصَرَفَتْ إِلَى الْحَجِّ الْمَعْرُوفِ.

فَأَمَّا إِذَا لَمْ تَبْلُغِ النَّفَقَةَ ذَلِكَ؛ قَالُوا: فَالْقِيَاسُ أَلَّا يَحُجُّ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ أَمَرَ بِالْحَجِّ عَنْهُ بِصِفَةٍ لَمْ تُوجَدْ [هِيَ]^(٢)، إِلَّا أَنَّهُ جَازَ الْحَجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ النَّفَقَةُ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ قَصَدَ بِهَذِهِ الْوَصِيَّةِ الثَّوَابَ، فَيَجِبُ تَنْفِيذُ وَصِيَّتِهِ مَا أَمَكُنَ، وَلَا يُمَكِّنُ تَنْفِيذُ الْوَصِيَّةِ فِي مَأَلَتَا إِلَّا مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ النَّفَقَةُ، فَكَانَ تَنْفِيذُهَا بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ أَوْلَى مِنْ إِبْطَالِهَا بِالْكُلِّيَّةِ.

وَقَدْ مَرَّ الْفَرْقُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله فِي الْفَصْلِ الْمُتَقَدِّمِ بَيْنَ مَا إِذَا أَوْصَى بِأَنْ يُعْتَقَ عَنْهُ بِهَذِهِ الْمَنَةِ عَبْدٌ، فَهَلْكَ مِنْهَا دَرَاهِمٌ أَنَّهُ لَا يُعْتَقَ عَنْهُ بِمَا بَقِيَ، وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِالْحَجِّ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَثُلُثُ مَالِهِ لَا يَكْفِيهِ، حَيْثُ يَحُجُّ مِنْ حَيْثُ يَكْفِيهِ، وَهُوَ

(١) فِي الْأَصْلِ: «قَالَ الْقُسُورِيُّ رحمته الله - قَالَ: وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «ن» وَ«فَا» ١٢، وَ«ع»، وَ«ر»، وَ«م».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ «ن»، وَ«فَا» ٢٢، وَ«ع»، وَ«ر»، وَ«م».

قَالَ: وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ، وَأَوْصَى بِأَنْ يُحَجَّ عَنْهُ،
يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَهُوَ قَوْلُ رُقَرٍ.

﴿عامة البيان﴾

أَنَّ الْمُسْتَحِقَّ تَبَدَّلَ فِي الْأُولَى، وَلَمْ يَتَبَدَّلْ فِي الثَّانِيَةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ حَاجًّا فَمَاتَ فِي الطَّرِيقِ، وَأَوْصَى بِأَنْ يُحَجَّ عَنْهُ، يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ عليه السلام فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

وَقَوْلُ رُقَرٍ كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام ذَكَرَهُ الْقُدُورِيُّ فِي «التَّقْرِيبِ» فِي كِتَابِ الْحَجِّ.

وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٌ عليه السلام: يُحَجُّ مِنْ حَيْثُ مَاتَ.

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ السَّمَرَقَنْدِيُّ عليه السلام فِي كِتَابِ «نُكَّتِ الْوَصَايَا»: «وَلَوْ أَنَّهُ خَرَجَ مِنْ بَلَدِهِ هُوَ أَقْرَبُ إِلَى مَكَّةَ، فَمَاتَ وَأَوْصَى بِأَنْ يُحَجَّ عَنْهُ، فَإِنْ كَانَ خَرَجَ حَاجًّا فَإِنَّهُ يُحَجُّ مِنْ حَيْثُ أَوْصَى».

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ: وَلَمْ يَذْكُرْ هَاهُنَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ - يَعْنِي: فِي كِتَابِ «الْأَصْلِ»^(٢) - ثُمَّ قَالَ: وَذَكَرَ فِي «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ»: أَنَّ الْقِيَاسَ أَنْ يُحَجَّ مِنْ مَرَلِهِ، وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ مَاتَ، وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام يُحَجُّ مِنْ مَنْزِلِهِ، وَفِي قَوْلِ صَاحِبَيْهِ عليه السلام: يُحَجُّ مِنْ حَيْثُ مَاتَ، فَجَبَّتْ أَنَّ الَّذِي قَالَهُ هَاهُنَا جَوَابُ الْإِسْتِحْسَانِ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٍ عليه السلام. إِلَى هَذَا لَفْظُ الْفَقِيهِ أَبِي اللَّيْثِ عليه السلام.

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ عليه السلام فِي وَصَايَا «التَّقْرِيبِ»: «وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي الْحَاجِّ»^(٣)
عَنِ الْمَيِّتِ إِذَا مَاتَ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ.

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/ ٢٤٣].

(٢) سطر ٥ الأصل / المعروف بالمبسوط [٤٤٢/٥ - ٤٤٣ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) في الأصل: «الحج». والميت من: «ان»، و«فا»، و«ع»، و«ار»، و«م».

وقال أبو يوسف ومحمد: يُحج عنه من حيث بلغ استحساناً، وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره في الطريق، لهما أن السفر بنية الحج وقع قرية وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله فيبتدئ من ذلك المكان كأنه من أهله، بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قرية فيحج عنه من بلده.

في نهاية الجهاد

وقال شمس الأئمة [الشرحسي] (١) في «شرح الكافي»: «وإن خرج يرمي الحج فمات (١٨٠/٣٠٠) في الطريق، يُحج عنه من حيث مات. وفي «الجامع الصغير» قال: عند أبي حنيفة (٢) يُحج عنه من بلده، وعندهما: يُحج عنه من حيث مات. وفي «الجامع» (٣٠٤/٣) الكبير: ذكر في المسألة القياس والاستحسان في القياس يُحج عنه من بلده، وفي الاستحسان - وهو قولهما -: يُحج عنه من حيث مات» (١) إلى هنا لفظ شمس الأئمة (٢).

وجه الاستحسان: أن الميت تقرب بذلك المقدار بالخروج إلى الله تعالى، وقد حصل له الثواب به قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِرًا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ، ثُمَّ يُدْرِكْهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ عَلَى اللَّهِ﴾ [النساء: ١٠٠]، فلا يجوز إبطال ذلك المقدار من الخروج (٣)، وقد كان قصده بالوصية إتمام ذلك الخروج، فوجب إتمام ذلك بالإحجاج من ذلك الموضع.

وفي اعتبار هذا الطريق تحصيل مقصوده، وفي الأخذ بالقياس تفويت مقصوده؛ لأن الذي يحج عنه من بلده ربما يموت في بعض الطريق أيضاً، فيحتاج إلى أن يحج آخر عنه من بلده أيضاً، فيفنى من ذلك ماله أصلاً، ولا يحصل المقصود، وهذا بخلاف ما إذا خرج للتجارة؛ فإن سفره ذلك ليس لأداء الحج، فوجب الإحجاج من منزله؛ لأن الوصية تنصرف إلى الحج المعروف من منزله.

(١) ما بين المعصومين: زيادة من (١)، و(٢)، و(٣)، و(٤)، و(٥)، و(٦)، و(٧)، و(٨)، و(٩)، و(١٠).

(٢) بغير: «المبسوط» بشرحسي [١٧٣/٢٧].

(٣) في الأصل: «بالخروج» والمثبت من: (١)، و(٢)، و(٣)، و(٤)، و(٥)، و(٦)، و(٧)، و(٨)، و(٩)، و(١٠).

وَلَهُ أَنْ الْوَصِيَّةَ تَنْصَرِفُ إِلَى الْحَقِّ مِنْ بَلَدِهِ عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ أَذَاهُ لِلوَاجِبِ
عَنِ الْوَجْهِ الَّذِي وَجَّهَتْ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

﴿مَحَلَّةُ الْمَوْتِ﴾

وجه القياس - وهو قول أبي حنيفة رحمته الله - : أنه لما مات قبل إتمام
العمل؛ صار خروجه لغير الحج، ولو أنه خرج لغير الحج كما إذا خرج تاجراً
مات في بعض الطريق؛ يُحجُّ من منزله، فكذلك هاهنا، وهذا لأن الخروج بعد
الموت قبل أداء الحج انقطع فانفسخ؛ بدليل قوله رحمته الله : «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ
عَنْهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: عِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَوَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ، وَصَدَقَةٌ جَارِيَةٌ
بَعْدَ مَوْتِهِ»^(١)، والخروج للحج ليس من الثلاث.

الآ ترى أن المصلي إذا مات قبل الفراغ من الصلاة؛ انتقضت صلاته، ولأن
المقصود بالخروج إقامة العبادة، فلما لم تُقم العبادة بذلك الخروج؛ انتقض ذلك
الخروج.

الآ ترى أنه لو أحرم بالحج ومات، وأوصى؛ وجب استئناف الإحرام؛ لأنه
لما مات قبل إتمامه انتقص ذلك الإحرام، فكذلك الخروج، ولأن الوصية تنصرف
إلى الحجَّة التي أوجبها الله تعالى، وتلك [٨/٣٠٥] الحجَّة هي التي وجبت من
بلده، فوجب أن تؤدَّى على الوجه الذي وجبت.

وقال في كتاب «نكت الوصايا»: «فَإِنْ كَانَ لِلرَّجُلِ أَوْطَانٌ شَتَّى، فَإِنْ كَانَ
مَاتَ فِي بَعْضِ الْأَوْطَانِ؛ يُحجُّ مِنْ ذَلِكَ الْوَطَنِ، وَإِنْ مَاتَ فِي السَّفَرِ يُحجُّ عَنْهُ مِنْ
أَقْرَبِ الْأَوْطَانِ إِلَى مَكَّةَ؛ لَأَنَّ بِذَلِكَ الْمَقْدَارَ إِحَاطَةً وَبِقَيْنًا، وَالزِّيَادَةُ شَكٌّ».

قوله: (عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ)، إشارة إلى قوله: (لِأَنَّ الْوَاجِبَ لِلَّهِ الْحَجُّ مِنْ بَلَدِهِ).

والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

بَابُ

الْوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِجِيرَانِهِ فَهُمْ الْمُلَاصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ هُمْ الْمُلَاصِقُونَ وَغَيْرُهُمْ مِمَّنْ يَسْكُنُ مَحَلَّةَ الْمُوصِي وَيَجْمَعُهُمْ مَسْجِدُ الْمَحَلَّةِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ.

شَاحِبَةُ الْبَيَانِ

بَابُ

الْوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ

لَمَّا كَانَ هَذَا الْبَابُ مُشْتَمِلًا عَلَى الْوَصَايَا لِقَوْمٍ مَخْصُوصِينَ: أَخْرَجَهُ ذِكْرًا عَنِ الْأَبْوَابِ الْمُتَقَدِّمَةِ لِقَلَّةِ فَائِدَتِهِ، لِأَنَّ مَا تَقَدَّمَ لَا يَخُصُّ قَوْمًا دُونَ قَوْمٍ، فَكَانَ لِعُمُومِ فَائِدَتِهِ تَقْدِيمُهُ ذِكْرًا أَوْلَى.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِجِيرَانِهِ فَهُمْ الْمُلَاصِقُونَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) ، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» ^(١).

وَلَمْ يَذْكُرِ الْقُدُورِيُّ خِلَافَ قَوْلِ أَبِي يُونُسَ وَمُحَمَّدٍ رحمتهما الله [٥٣٥/٣] فِيهِ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي «التَّقْرِيبِ» فَقَالَ: «قَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله فِي «الْإِمْلَاءِ»: إِذَا أَوْصَى لِجِيرَانِهِ؛ فَالْوَصِيَّةُ لِلْمُلَاصِقِينَ، قَرَّبَتْ الْأَبْوَابُ أَوْ بَعُدَتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، وَقَالَ: لَمَنْ يَجْمَعُهُمْ مَسْجِدٌ فِي الْجَمَاعَةِ وَالِدُّعْوَةِ.

وَذَكَرَ ابْنُ شَجَاعٍ عَنْ أَبِي يُونُسَ رحمته الله: اعْتَبَارَ أَهْلَ الْمَحَلَّةِ الَّذِينَ يُصَلُّونَ فِي مَسْجِدٍ وَاحِدٍ، قَالَ: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَرَوَى يَشَرُّ عَنْ أَبِي يُونُسَ: أَنَّ الْجِيرَانَ الَّذِينَ ^(٢) تَجْمَعُهُمْ مَحَلَّةٌ وَاحِدَةٌ،

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [٢٤٣/١].

(٢) في الأصل: «من»، والمثبت من: «أن»، و«٢»، و«ع»، و«ل»، و«م».

وهو قِياسُ لأنَّ الحارَّ من المُجاورة وهي الملاصقة حَقِيقَةً ولهذا يَنْسَحِقُ شُفْعُهُ بهذا الجوار، ولأنَّه لَمَّا صرَّفه إلى الجميع نُصِرَفَ إلى اِخْصَصِ اِخْصَاصٍ وَهُوَ اِخْصَاصُ اِخْصَاصٍ.

وَبُذِخُوا فِي مَسْجِدَيْنِ مُتَقَارِبَيْنِ، هُنَّ تَبَاعِدَا، وَكَانَ وَاحِدًا عَظِيمًا جَامِعًا، فَكُلُّ أَهْلِ مَسْجِدِ جَيْرَانٍ دُونَ لِأَحْرَبَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَضَرِّ قِبَانِلُ فَالْجَيْرَانُ: الْأَفْخَاذُ دُونَ النَّسَائِلِ. إِلَى هَذَا لَفْظُ «التَّشْرِيبِ».

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «قَالَ فِي «الْإِمْلَاءِ»: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله: إِذَا أَوْصَى فَقَالَ ثَلَاثُ مَالِي لَجَيْرَانِي، وَالْوَصِيَّةُ لَجَيْرَانِهِ لِمُلَازِقَيْنِ لِدَارِهِ، فَكُلُّ دَارٍ كَانَتْ تَلْرُقُهُ فَالْوَصِيَّةُ تَجْنَعُ مَنْ فِيهَا مِنَ السَّكَّانِ وَغَيْرِهِمْ، عَبِيدًا كَانُوا أَوْ أَحْرَارًا، نِسَاءً كَانُوا أَوْ رِجَالًا بَيْنَهُمُ بِالسُّوِّيَّةِ، دِمَّةً كَانُوا أَوْ مُسْلِمِينَ بِالسُّوِّيَّةِ، قَرَّبَتْ الْأَبْوَابُ أَوْ بَعُدَتْ إِذَا كَانُوا مُلَازِقِينَ لِلدَّارِ.

وَقَالَ أَبُو يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمتهما الله: الثَّلَاثُ لِهَؤُلَاءِ الَّذِينَ ذَكَرَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله، وَلِغَيْرِهِمْ مِنَ الْجَيْرَانِ مِنَ أَهْلِ الْمَحَلَّةِ مِمَّنْ يَضُمُّهُمْ مَسْجِدٌ وَاحِدٌ، وَجَمَاعَةٌ وَاحِدَةٌ، وَدَعْوَةٌ وَاحِدَةٌ، فَهَؤُلَاءِ جَيْرَانُهُ فِي كَلَامِ النَّاسِ، فَالثَّلَاثُ بَيْنَهُمُ بِالسُّوِّيَّةِ، الْأُنْثَى وَالذَّكَرُ فِيهِ سَوَاءٌ [٨/٣٠٥، ٣٠٦]، وَالْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ سَوَاءٌ.

وَقَالَ فِي «الزِّيَادَاتِ» عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: «إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِثَلَاثِ مَالِهِ لَجَيْرَانِهِ، فَلِقِيَاسٍ فِي هَذَا أَنْ يَكُونَ الثَّلَاثُ لِلْسَّكَّانِ وَغَيْرِهِمْ مِمَّنْ يَسْكُرُ تِلْكَ الدُّورَ الَّتِي يَحْتُ لَأَهْلِهَا الشُّفْعَةُ، وَمَنْ كَانَ مِنْهُمْ لَهُ دَارٌ مِنْ تِلْكَ الدُّورِ، وَلَيْسَ بِسَاكِنٍ فِيهَا فَلَيْسَ مِنْ جَيْرَانِهِ».

قَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله: وَأَمَّا أَنَا فَلَا أُسْتَحْسِنُ أَنْ أَجْعَلَ الْوَصِيَّةَ لَجَيْرَانِهِ الْمُلَازِقِينَ مِنَ السَّكَّانِ مِمَّنْ فِي تِلْكَ الْمَحَلَّةِ مِمَّنْ يَمْلِكُ تِلْكَ الدُّورَ وَغَيْرِهِمْ مِمَّنْ لَا يَمْلِكُهَا،

وَحَهُ الْإِسْتِخْسَانِ أَنَّ هَؤُلَاءِ كُلُّهُمْ يُسَمُّونَ حَيْرَانًا عُرْفًا، وَقَدْ تَأَيَّدَ بِقَوْلِهِ
- ﷺ - «لَا صَلَاةَ لِحَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ» وَفَسَّرَهُ بِكُلِّ مَنْ سَمِعَ الْمَدَاءَ،
وَلِأَنَّ الْمُقْصِدَ بِرُّ الْحَيْرَانِ وَاسْتِخْبَابُهُ يَنْتَظِمُ الْمُلَاصِقَ وَغَيْرَهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ

﴿عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ﴾

وَمَنْ يَجْمَعُهُ مَسْجِدُ تِلْكَ الْمَحَلَّةِ الَّذِينَ فِيهِمُ الْمُوصِي مِنَ الْمُتَلَزِّقِينَ وَغَيْرِهِمْ،
وَالسُّكَّانُ مِمَّنْ فِي تِلْكَ الْمَحَلَّةِ وَغَيْرُهُمْ سِوَاءً فِي الْوَصِيَّةِ الْأَقْرَبُونَ وَالْأَبْعَدُونَ،
وَالْكَافِرُ وَالْمُسْلِمُ، وَالصَّبِيُّ وَالْمَرْأَةُ فِي ذَلِكَ سِوَاءً، وَلَيْسَ لِلْمَمَالِكِ وَالْمُذَبَّرِينَ
وَأُمَهَاتِ الْأَوْلَادِ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ.

فَأَمَّا الْمُكَاتِبُونَ: فَهُمْ فِي الْوَصِيَّةِ سِوَاءً، إِذَا كَانُوا سُكَّانًا فِي الْمَحَلَّةِ، وَلَمْ
يَذْكُرْ عَنْ أَبِي حَنِيْفَةَ ﷺ فِي ذَلِكَ شَيْئًا^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ ﷺ

وَقَوْلُ زُقَرِّ كَقَوْلِ أَبِي حَنِيْفَةَ ﷺ: أَنَّ الْجَارَ هُوَ الْمُتَلَزِّقُ بِدَارِهِ، سِوَاءً كَانَ فِي
الدَّارِ أَوْ مَالِكًا. ذَكَرَهُ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ ﷺ فِي «مَخْتَلَفِ الرَّوَايَةِ»^(٢).

وَقَالَ فِي «وَحْيِهِمْ»: «وَإِذَا أَوْصَى لِحَيْرَانِهِ: أُعْطِيَ أَرْبَعُونَ جَرًّا مِنْ أَرْبَعَةِ
جَوَانِبَ»^(٣)، أَي: مِنْ كُلِّ جَانِبٍ أَرْبَعُونَ.

وَحَهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ ﷺ: مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لِحَقِّ الْحَوَارِ أَرْبَعُونَ
دَارًا، مَكْنَذًا، وَمَكْنَذًا، وَمَكْنَذًا، وَمَكْنَذًا»^(٤).

قَالَ الْعُلَمَاءُ [٥٣٥، ٣] ﷺ: إِنَّهُ خَبَرٌ لَا يُعْرَفُ، وَرَأَوِيهِ مَطْعُونٌ فِيهِ.

(١) ينظر اشرح مختصر الكرخي للقدوري [ق/٤٠٠، ٤٠١/دأمد].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث [١٩٤١/٣]

(٣) ينظر: «الوجيز/مع العزيز شرح الوجيز» للقرظي [٨٩/٧].

(٤) اشرح له أبو يعنى في «مسنده» [رقم/٥٩٨٢]، وعنه ابن حبان في «المجروحين» [١٥٠/٢]، من حديث أبي هريرة ﷺ به.

قال ابن حجر: «في إسناده عبد السلام بن أبي الجنوب وهو مروي». ينظر: «لتنقيص الحبير» لابن حجر [٢٠٧١/٤].

الْإِحْتِلَاطِ وَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْمَسْجِدِ ، وَمَا قَالَهُ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: الْجَوَارُ إِلَى
أَرْبَعِينَ دَارًا بَعِيدًا ، وَمَا يُرَوَّى فِيهِ ضَعِيفٌ قَالُوا: وَيَسْتَوِي فِيهِ [٢٩٢] السَّاكِنُ
وَالْمَالِكُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالْمُسْلِمُ وَالذَّمِّي لِأَنَّ اسْمَ الْجَارِ يَتَنَوَّلُهُمْ فِيهِ الْعَبْدُ

حاشية الباب

وجه قولهما - وهو الاستحسان - : أَنَّ الْمُوصِي قَصَدَ بِرَّ مَنْ يُخَالِطُهُ ، وَيَقْرُبُ
مِنْهُ ، وَفِي هَذَا الْمَعْنَى يَسْتَوِي الْمُلَاصِقُ وَغَيْرُهُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِمَّنْ يَجْمَعُهُمْ مَسْجِدٌ
وَاحِدٌ يُسَمَّى صَاحِبَهُ جَارًا عُرْفًا ، فَوَجَبَ حَمْلُ الْاسْمِ عَلَيْهِ .

يُؤَيِّدُهُ : مَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهُ قَالَ : « لَا صَلَاةَ لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي
الْمَسْجِدِ » ^(١) ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُرِدْ بِهِ الْمُلازِقَ دُونَ غَيْرِهِ ، فَصَارَ أَهْلُ الْمَسْجِدِ كُلُّهُمْ جَارًا
لَهُ ، فَلَمَّا دَخَلُوا تَحْتَ اسْمِ الْجَارِ ، اسْتَحَقَّ كُلُّهُمْ الْوَصِيَّةَ .

ووجه قول أبي حنيفة - رَحِمَهُ اللَّهُ - : أَنَّ الْحَارَ هُوَ الْمُلاصِقُ عُرْفًا ، وَمَنْ بَعُدَ لَا يُسَمَّى
جَارًا ، فَالْوَاجِبُ حَمْلُ الْاسْمِ عَلَى حَقِيقَتِهِ .

يُؤَيِّدُهُ : قَوْلُهُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - : « الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ » ^(٢) ، فَالْمُجَاوِرُ هُوَ الْأَحَقُّ بِسَقْبِهِ لَا
غَيْرُهُ ، نَدَلَّ أَنَّ الْجَارَ هُوَ مَنْ يُجَاوِرُهُ بِسُكْنَاهُ ، فَاسْتَحَقَّ الْوَصِيَّةَ كُلُّ مَنْ كَانَ بِهِذِهِ
الصِّفَةُ .

قَالَ الْقُدُورِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي كِتَابِ « لِتَقْرِيْبِ » : « وَقَدْ كَانَ هِلَالُ [٣٠٦٨-٣٠٦٩] الرَّازِيُّ
يَقُولُ : إِنَّ الْجَارَ مَنْ أَسْمَعَهُ الْمُنَادِي ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهُ قَالَ : « لَا صَلَاةَ
لِجَارِ الْمَسْجِدِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ » . فَقِيلَ لَهُ : وَمَنْ جَارُ الْمَسْجِدِ ؟ قَالَ : « مَنْ أَسْمَعَهُ

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [١٩١٥/١] ، وابن أبي شيبة في «المصنف» [٣٤٦٩/١] ،

البيهقي في «السنن الكبرى» [٥٧/٣] ، من طريق: أبي حنيد عن أبيه عن عليٍّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - به .

قال ابن حجر : «ضعيف» . ينظر : «التلخيص الحبير» لابن حجر [٩١٩/٢] .

(٢) هذا جزء من حديث أخرجه: البخاري في كتاب الشفعة / باب عرس الشفعة على صاحبها قبل البيع

[رقم/٢١٣٩] ، وغيره من حديث: أبي رافع مولى النبي - رَحِمَهُ اللَّهُ -

السَّائِكُ عِنْدَهُ لِإِطْلَاقِهِ، وَلَا يَدْخُلُ عِنْدَهُمَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُ وَصِيَّةٌ لِمَوْلَاةٍ وَهُوَ غَيْرُ سَائِكٍ.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَصْهَارِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ امْرَأَتِهِ؛ إِنَّمَا

مُهَيْبَةُ الْبَيَانِ

الْمُضَادِّي^(١). قَالَ: وَهَذَا لَيْسَ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَازَ اعْتِبَارُ الْوَصِيَّةِ بِهَذَا الْجَوَارِ لَجَزَّ فِي الشُّفْعَةِ.

قَوْلُهُ: (لِلْإِطْلَاقِ)، أَيُّ: لِإِطْلَاقِ اسْمِ الْجَارِ عَلَى الْمَمْلُوكِ وَغَيْرِهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَصْهَارِهِ فَالْوَصِيَّةُ لِكُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ امْرَأَتِهِ).

أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٢).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ: «وَقَالَ فِي «الْإِمْلَاءِ»: إِذَا قَالَ: أَوْصَيْتُ

بِثُلْثِ مَالِي لِأَصْهَارِي فَهُوَ عَلَى كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ زَوْجَتِهِ، وَمِنْ زَوْجَةِ أَبِيهِ، وَمِنْ زَوْجَةِ ابْنِهِ، وَزَوْجَةِ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، هَؤُلَاءِ جَمِيعًا أَصْهَارُهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ الزَّوْجَةُ نَفْسُهَا امْرَأَتُهُ، وَلَا امْرَأَةُ أَبِيهِ، وَلَا امْرَأَةُ أَخِيهِ، إِنَّمَا يَكُونُ الْأَصْهَارُ كُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ زَوْجَةِ أَخِيهِ وَأَبِيهِ وَابْنِهِ»^(٣). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو نَصْرِ بْنِ الْبَغْدَادِيِّ فِي «شرح القُدُورِيِّ» رَحِمَهُ: «وَالْأَصْلُ فِي

ذَلِكَ: أَنَّ السَّيَّءَ رَحِمَهُ تَمَّ اعْتَقَ صَفِيَّةً رَحِمَهُ وَتَزَوَّجَهَا؛ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ مَلَكَ مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا إِكْرَامًا، وَكَانُوا يُسَمُّونَ أَصْهَارَ النَّبِيِّ رَحِمَهُ».

وَقَالَ فِي «الصَّحاحِ»: «الْأَصْهَارُ: أَهْلُ بَيْتِ الْمَرْأَةِ»^(٤).

(١) مَضَى تَحْرِيجُهُ قَرِيبًا.

(٢) يَنْظُرُ: «مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [ص/٢٤٣].

(٣) يَنْظُرُ: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٠ / داماد].

(٤) يَنْظُرُ: «الصَّحاحُ فِي اللَّغَةِ» لِلنَّجَّاهِ [٢/٧١٧ / مادة صهر].

رَوَى أَنَّهُ عليه السلام لَمَّا تَزَوَّجَ صَفِيَّةَ أَعْتَقَ كُلَّ مَنْ مَلَكَ مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا إِكْرَامًا لَهَا وَكَانُوا يُسَمُّونَ أَصْهَارَ النَّبِيِّ عليه السلام.

« نهاية البيان »

وَقَالَ فِي «مَجْمَلِ اللُّغَةِ»: «قَالَ الْخَلِيلُ عليه السلام: لَا يُقَالُ لِأَهْلِ بَيْتِ الْمَرْأَةِ إِلَّا الْأَصْهَارُ»^(١).

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَرْدَوِيُّ رحمته الله فِي «شرح الزِّيَادَاتِ»: وَأَمَّا الصِّهْرُ: فَقَدْ يُطْلَقُ عَلَى الْحَتَرِ، لَكِنَّ الْغَالِبَ مَا ذَكَرَهُ مُحَمَّدٌ عليه السلام، قَالَ عَاصِمُ بْنُ عَدِيٍّ^(٢):
وَلَوْ كُنْتُ صِهْرًا لِابْنِ مَرْوَانَ قُرْبَتْ عليه السلام رِكَابِي إِلَى الْمَعْرُوفِ وَالْعَطَنِ الرَّحْبِ
وَلَكِنِّي صِهْرٌ لِأَلِ مُحَمَّدٍ عليه السلام وَخَالَ بَنِي الْعَبَّاسِ وَالْخَالَ كَالْأَبِ
سَمَى نَفْسَهُ صِهْرًا، وَكَانَ أَخَا امْرَأَةِ الْعَبَّاسِ.

ثُمَّ قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ فِيهِ: «وَمِنْ شَرْطِ بَقَاءِ هَذَا الْاسْمِ: أَنْ يَمُوتَ الْمُوصِي وَهُوَ نَسَاؤُهُ أَوْ فِي [٥٣٦/٣] عِدَّةٍ مِنْهُ مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ، فَأَمَّا بَعْدَ التَّبْنُونَةِ فَتَقْطَعُ الْمُصَاهَرَةُ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ يَوْمَ الْمَوْتِ. يَعْنِي: أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا كَانَتْ زَوْجَةَ الْمُوصِي يَوْمَ مَوْتِ الْمُوصِي، أَوْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً مِنْهُ مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ، يَسْتَحِقُّ أَقْرَبُ الْمَرْأَةِ الْوَصِيَّةَ بِاسْمِ الصِّهْرِ، وَإِذَا كَانَتْ مُبَانَةً يَوْمَ مَوْتِهِ، لَا يَسْتَحِقُّونَهَا لِاقْطَاعِ الْمُصَاهَرَةِ بِالْإِبَانَةِ

(١) ينظر: «مَجْمَلُ اللُّغَةِ» لابن فارس [ص ٥٤٣].

(٢) نَسَبَهُ ابْنُ عَسَاكِرٍ فِي «تَارِيخِ دِمَشْقَ» [٣٨٤/٣٣] إِلَى أَبِي لُبَيْدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَزِيدَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ هَلَالٍ الْهَلَالِيِّ، وَهُوَ شَاهِرُ شَاسِيٍّ، وَقَفَّ بَابٌ عِنْدَ الْمَلِكِ بْنِ مَرْوَانَ مَعَ جَمَاعَةٍ، فَأُذِنَ لغيره قَتْلُهُ، فَقَالَ فِي ذَلِكَ التَّيْبِثِيُّرِ الْمَاصِيَّتِي، قَالَ ابْنُ عَسَاكِرٍ: «أَرَادَ بِالْمُصَاهَرَةِ: كَوْنُ مَيْمُونَةَ بِنْتِ الْحَارِثِ الْهَلَالِيَّةِ عِنْدَ النَّبِيِّ عليه السلام، وَأَحْتِهَا لِبَايَةِ الْكُبْرَى بِنْتِ الْحَارِثِ عِنْدَ الْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ، وَهِيَ أُمُّ الْعَصَلِ وَعَبْدُ اللَّهِ، وَعُبَيْدُ اللَّهِ، وَقُتَيْبٌ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بَنِي الْعَبَّاسِ».

وَسَبَّ أَبِي عُبَيْدٍ فِي كِتَابِهِ فِي «الْأَنْسَابِ» إِلَى عَاصِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ بَزِيدَ، وَهُوَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي هَلَالٍ كَانَ قَدْ وَلِيَ لِأَبِي جَعْفَرٍ خِرَاسَانَ. كَذَا بَقَلَهُ عَنْهُ الطُّحَاوِيُّ فِي «مَشْكَلِ الْأَنْبَاءِ» [١٩٨/١٢].
وَمُرَادُ الْمُؤَلِّفِ مِنَ الشَّاهِدِ: الْأَسْدِلَالُ بِهِ عَلَى أَنَّ الصِّهْرَ فَقَدْ يُطْلَقُ عَلَى الْحَتَرِ.

وهذا التفسير اختيار محمد وأبي حنيفة عليهما السلام، وكذا يدخل فيه كل ذي رَجِمٍ مَحْرَمٍ مِنْ زَوْجَةِ أَبِيهِ وَزَوْجَةِ ابْنِهِ وَزَوْجَةِ كُلِّ ذِي رَجِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ لِأَنَّ الْكُلَّ أَصْهَارٌ. وَلَوْ مَاتَ الْمُوصِي وَالْمَرْأَةُ فِي نِكَاحِهِ وَعَدْتَهُ مِنْ طَلَاقٍ رَجْعِيٍّ فَالْصَّهْرُ يَسْتَحِقُّ الرِّصِيَّةَ وَإِنْ كَانَتْ فِي عِدَّةٍ مِنْ طَلَاقٍ بَائِنٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا لِأَنَّ بَقَاءَ الصَّهْرَةِ بَقَاءُ النِّكَاحِ وَهُوَ شَرْطُ عِنْدَ الْمَوْتِ.

قال: ومن أوصى لأختانه فالرَّصِيَّةُ لِكُلِّ زَوْجٍ ذَاتِ رَجِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ وَكَذَا مَحَارِمُ الْأَزْوَاجِ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ يُسَمَّى خَتَنًا.

حاشية البيان

[١/٣٠٦/٨]، وَعَدَمُ الْإِنْقِطَاعِ فِيهَا لَمْ تَكُنْ مُبَانَةً.

وذكر الإمام نجم الدين عمر السَّيْفِيُّ رحمته الله في نَظْمِهِ لِكِتَابِ «الزِّيَادَاتِ» بَيِّنِينَ يَشْتَمِلَانِ عَلَى مَعْنَى الصَّهْرِ وَالْخَتَنِ، فَقَالَ:

أَصْهَارٌ مَنْ يُوصِي أَقَارِبُ عَزِيسَةٍ * وَيَزُولُ ذَاكَ بِبَائِنٍ وَحَرَامٍ
أَخْتَانُهُ أَزْوَاجُ كُلِّ مَحَارِمٍ * وَمَحَارِمُ الْأَزْوَاجِ بِالْأَرْحَامِ
قوله: (وهذا التفسير اختيار محمد عليه السلام).

وإنما قيد بهذا التفسير؛ لِأَنَّ الصَّهْرَ يَحِيٌّ فِي اللَّعَةِ بِمَعْنَى الْخَتَنِ أَيْضًا، وَقَوْلُ مُحَمَّدٍ عليه السلام حُجَّةٌ فِي اللَّعَةِ، اسْتَشْهَدَ بِقَوْلِهِ أَبُو عُبَيْدٍ فِي «غَرِيبِ الْحَدِيثِ»، مَعَ أَنَّهُ مُؤَيَّدٌ بِمَا رَوَيْنَا عَنْ الْحَلِيلِ عليه السلام.

قوله: (قل: ولو أوصى لأختانه فالرَّصِيَّةُ لِكُلِّ زَوْجٍ ذَاتِ رَجِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ)، أَيْ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(١).

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» رحمته الله، (وَكَذَا مَحَارِمُ الْأَزْوَاجِ)، [ثُمَّ قَالَ. (هَذَا فِي

[قِيلَ هَذَا فِي عُرْفِهِمْ. وَفِي عُرْفِنَا لَا يَتَنَاوَلُ الْأَزْوَاجُ الْمَحَارِمَ، وَيَسْتَوِي بِهِ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ وَالْأَقْرَبُ وَالْأَبْعَدُ. لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ الْكُلَّ.

عنه البيان

عُرْفِهِمْ. وَفِي عُرْفِنَا لَا يَتَنَاوَلُ الْأَزْوَاجُ الْمَحَارِمَ).

وَيْسَاءُ قَالَ: (هَذَا فِي عُرْفِهِمْ) بَعْدَ أَنْ قَالَ: (وَكَدَا مَحَارِمُ الْأَزْوَاجِ) [١]؛ لِأَنَّ ذَلِكَ رَابِعُ «الرِّيَادَاتِ»، أَيُّ: الْمَذْكُورُ ثَمَّةٌ عَلَى عَادَتِهِمْ وَعُرْفِهِمْ لَا عَلَى عُرْفِنَا؛ لِأَنَّ الْأَزْوَاجَ الْمَحَارِمَ لَا يُسَمَّوْنَ أَخْتَانًا، وَفِي عُرْفِهِمْ يُسَمَّى الْكُلُّ أَخْتَانًا.

قَالَ ابْنُ دُرَيْدٍ رحمه الله فِي «الْجَمْهَرَةِ»: «خَتَنُ الرَّجُلِ: الْمُتَزَوِّجُ بَابَتِهِ، أَوْ بِأَخْتِهِ، وَالْجَفْعُ أَخْتَانٌ، وَالْحُتُونَةُ: الْمَصْدَرُ» [٢].

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْحِيُّ رحمه الله: «وَقَالَ فِي «الرِّيَادَاتِ»: إِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ لِأَخْتَانِهِ بِثُلْثِ مَالِهِ، ثُمَّ مَاتَ؛ فَلَا أَخْتَانِ أَرْوَاحُ الْبَنَاتِ، وَالْأَحْوَاتِ، وَلَعَمَاتٍ، وَالْمَخَالَاتِ، وَكُلُّ امْرَأَةٍ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٌ لِمَوْصِي فَرَوْجُهَا مِنْ أَخْتَانِهِ، وَكُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٌ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى فَهُوَ أَيْضًا مِنْ أَخْتَانِهِ، وَلَا يَكُونُ الْأَخْتَانُ إِلَّا أَرْوَاحُ ذَاتِ الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ، وَمَنْ كَانَ مِنْ قِبَلِهِمْ مِنْ ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ، وَلَا يَكُونُ الْأَخْتَانُ مَا كَانَ مِنْ قِبَلِ نِسَاءِ الْمَوْصِي.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي «إِمْلَائِهِ»: «إِذَا قَالَ: قَدْ أَوْصَيْتُ لِأَخْتَانِي بِثُلْثِ مَالِي؛ فَأَخْتَانُهُ زَوْجُ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، وَكُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الرُّوْحِ، فَهُوَ لِأَخْتَانِهِ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ أُخْتُ، وَبِنْتُ أُخْتٍ، وَخَالَةٌ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ زَوْجٌ، وَلِزَوْجِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ أَرْحَامٌ؛ فَكُلُّهُمْ جَمِيعًا أَخْتَانُهُ، وَانْثُلْتُ بَيْنَهُمُ السَّوِيَّةُ، لِأُنْثَى وَالذَّكَرِ بِهِ سَوَاءٌ، أُمُّ الرُّوْحِ وَجَدَّتُهُ وَغَيْرُ ذَلِكَ سَوَاءٌ» [٣]. إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْحِيِّ رحمه الله.

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «و»، وَ«غ»

(٢) يَنْظُرُ: «الْجَمْهَرَةُ لِلُّغَةِ» لِابْنِ دُرَيْدٍ [٣٩٠/١].

(٣) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مُحْتَصَرِ الْكَرْحِيِّ» لِلْفَدَوْرِيِّ [ق. ٤٠٠ / دَامَاد].

قَالَ وَمَنْ أَوْصَى لِأَقْرَبَانِهِ ، فَهِيَ لِلأَقْرَبِ فَالأَقْرَبُ مِنْ كُلِّ دِي رَحِمٍ مَحْرَمٌ . وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ ، وَيَكُونُ لِلأَثْنَيْنِ فِصَاعِدًا ،

شاهد النيبات

قوله: (قَالَ وَمَنْ أَوْصَى لِأَقْرَبَانِهِ ؛ فَهِيَ لِلأَقْرَبِ فَالأَقْرَبُ مِنْ كُلِّ دِي رَحِمٍ مَحْرَمٌ . وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْوَالِدَانِ وَالْوَلَدُ ، وَيَكُونُ لِلأَثْنَيْنِ فِصَاعِدًا) ، أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ فِي «مختصره» ، وتَمَّ لفظه فيه: «فإذا أوصى بذلك ، وله عَمَّانٍ وَخَالَانٍ ، وَلَوْصِيَّةٌ بِعَمِّهِ عَدَّ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانٍ ؛ فَلِلْعَمِّ النِّصْفُ ، وَلِلخَالَتَيْنِ ١/٤» ، وقال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا: «أوصية لكلٍّ من بُنْتِى إِلَى الْمُوصِي إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ»^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ .

وقَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ رَحِمَهُ فِي «مختصره» : «وإذا أوصى الرَّحْلُ فَقَالَ: ثَلَاثُ مَالِي لِذَوِي قَرَابَتِي ؛ فَإِنْ أَبَا حَنِيفَةَ رَحِمَهُ قَالَ: الوصية بقَرَابَتِهِ مِنْ ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ ، الْأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ مِنْهُمْ ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُمَا: الوصية لِجَمِيعِ قَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ ، إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ جَمِيعًا ، يَشْتَرِكُونَ فِي الثَّلَاثِ ، الْأَقْرَبُ مِنْهُمْ وَالْأَبْعَدُ ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ .

وَقَالُوا جَمِيعًا: إِذَا قَالَ^(٢) : لِذَوِي قَرَابَتِي ؛ فَهُوَ لِأَثْنَيْنِ مِنْهُمْ فِصَاعِدًا ، وَإِذَا قَالَ: لِذَوِي قَرَابَتِي ، فَهُوَ لِوَاحِدٍ فِصَاعِدًا ، فَإِنْ مَاتَ الْمُوصِي وَلَهُ عَمَّانٍ وَخَالَانٍ ، وَالثَّلَاثُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ لِلْعَمَّيْنِ ، وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ: هُوَ بَيْنَهُمْ سَوَاءٌ ، يَشْتَرِكُونَ فِيهِ ، فَيَكُونُ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ الرُّبْعُ .

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ: إِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانٍ ؛ فَلِلْعَمِّ نِصْفُ الثَّلَاثِ ، وَالنِّصْفُ لِلخَالَتَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُهُ مِنْ ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ ، فَالنِّصْفُ

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/٢٤٤] .

(٢) في لأصل - «ثلاث» والمثبت من «٥» ، و«٢٤» ، و«١٨» ، و«١٠» ، و«٥» .

وَعَدَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَ صَاحِبُهُ: الْوَصِيَّةُ لِكُلِّ مَنْ يُنْسَبُ إِلَى أَقْصَى أَبِي
لَهُ فِي الْإِسْلَامِ وَهُوَ أَوَّلُ أَبِي أَسْلَمَ أَوْ أَوَّلُ أَبِي أَدْرَكَ الْإِسْلَامَ وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ

عَمَّا السَّابِقِ

الثُّلُثُ لِعَمِّهِ، وَصَفُ الثُّلُثِ رَدُّ عَلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ رحمهما الله: الثُّلُثُ بَيْنَ الْعَمِّ وَسَيِّدٍ مَنْ وَجِدَ مِنَ الْقَرَابَةِ،
كَانَ ذَا رَجَمٍ [مَحْرَمٌ] ^(١)، أَوْ لَمْ يَكُنْ، يَشْتَرِكُونَ فِيهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ قَرَابَتِهِ مِنْ قَبْلِ
الرِّجَالِ وَالسَّاءِ إِلَّا عَمٌّ وَاحِدٌ؛ كَانَ لَهُ نَصْفُ الثُّلُثِ، وَبَقِيَةُ الثُّلُثِ رَدُّ عَلَى وَرَثَةِ
الْمُوصِي، إِنْ كَانَ الْمُوصِي أَوْصَى لَذِي قَرَابَتِهِ؛ فَهُوَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: لِكُلِّ ^(٢)
ذِي رَجَمٍ مَحْرَمٍ أَيْضًا، الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبٍ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا وَاحِدٌ؛ كَانَ لَهُ جَمِيعُ
الثُّلُثِ.

وكَذَلِكَ قَالَ أَبُو يُونُسَ رحمته الله: أَنَّهُ إِذَا قَالَ: لِذَوِي قَرَابَتِهِ، فَوُجِدَ مِنْ قَرَابَتِهِ
وَاحِدٌ لَهُ رَجَمٌ قَرِيبًا كَانَ أَوْ بَعِيدًا إِلَى أَقْصَى أَبِي لَهُ فِي الْإِسْلَامِ؛ فَهُوَ لِذَلِكَ الْوَاحِدِ،
لَا يَخْتَلِفُونَ أَنَّ «ذَوِي» عَلَى الْاِثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، وَ«ذُو» عَلَى الْوَاحِدِ، إِلَّا أَنَّهُمْ
يَخْتَلِفُونَ فِيمَنْ يَسْتَحَقُّ مِنْ [٣٠٧ م] الْقَرَابَةِ عَلَى مَا فَسَّرْتُ لَكَ.

وَلَا يَدْخُلُ فِي الْقَرَابَةِ وَالِدٌ، وَلَا وَلَدٌ ذَكَرٌ وَلَا أُنْثَى، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَرِثُ،
قَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله: لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى
الْمُقَرَّبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، فَأَخْرَجَ الْوَالِدَيْنِ مِنَ الْقَرَابَةِ، وَجَعَلَهُمَا أَقْرَبَ مِنَ الْقَرَابَةِ.
فَكَمَا يَخْرُجُ الْوَالِدَانِ مِنَ قَرَابَةِ الْوَلَدِ، فَكَذَلِكَ يَخْرُجُ الْوَلَدُ مِنَ قَرَابَةِ الْوَالِدِ،
فَلَا يُسَمَّى قَرِيبًا؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ ^(٣) إِلَى الْوَالِدِ مِنَ الْوَلَدِ إِلَيْهِ، أَوْ هُمَا سَوَاءٌ، فَأَمَّا مَا عَدَا

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوتَيْنِ رِبَادَةٌ مِنْ: «ن»، «ع»، «أ»، «و»، «ر»، «م».

(٢) فِي الْأَصْلِ «كُلٌّ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «ع»، «أ»، «و»، «ر»، «م».

(٣) زَادَ بَعْدَهُ فِي «ع»، «ن»: «وَلِهَذَا إِذَا مَاتَ عَنْ أَبِي وَابْنٍ كَانَ لِلأَبِ السُّدُسُ وَالْباقِي لِلابْنِ»، وَأَشَارَ
إِلَيْهَا فِي تَمَامِ نَسْخَةِ «ر»، وَلَمْ يُصَحِّحْهَا.

ذلك من جد أو جدة من قبل أب وأم أو ولد ولديه، من ذكر أو أنثى ممن لا يرث، فهو من القرابة الذين يقع لهم الوصية^(١)، إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله في «مختصره».

وقال في «المختلف»: «قال أبو حنيفة رحمه الله: إذا أوصى لأقربائه بشرط في خمس شرائط: وهو كونه ذا رجم مخرم، واثنى فصاعداً، وذاك ما سوى الوالد ولولده ممن لا يرث، والأقرب فالأقرب، وقالوا: كل من يحمله وإياه أقصى أب [نه]^(٢) في الإسلام دخل تحته المخرم [٥٣٧/٢] وغير المخرم فيه سواء».

واتفقوا على اشتراط القرابة؛ لأن الاسم له، وألا يكون وارثاً لقوله رحمه الله: «ولا وصية لوارث»^(٣)، وأن يعتبر الاثنان فصاعداً؛ لأنه اسم جمع، والمثنى كالجمع في باب الوصية؛ لأنها أخت الميراث، وفي الميراث كذلك، ولا يدخل الوالد والولد؛ لأنهما لا يسميان قريباً عرقاً.

واختلفوا في شرطين: أحدهما: المخرمية بالرجم شرط عنده

وعندهما: الرجم تكفي.

والثاني: أنه يشترط الأقرى والأقرب، وهما يسويان بين الأقرب والأبعد^(٤)، إلى هنا لفظ «المختلف».

وقال الشافعي رحمه الله: يضرّف إلى جميع أقربائه من قبل أبيه وأمه، القريب منهم ولبعيد سوى^(٥) (٦). كذا في «شرح الأقطع» رحمه الله، وهل يدخل فيه النجد ووند

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» لقدوري [ق/٤٠٠/دأمد].

(٢) ما بين المعرفتين زيادة من: «د»، «ع».

(٣) مصحح تحريجه.

(٤) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث [١٩١٥/٣].

(٥) ينظر: «دروسة الطالبين» للسوي [١٧٣/٦ - ١٧٤].

(٦) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٤٠٥].

الله تعالى ، فكان الأقربُ أولى كما في العصب ، ودوي الأرحام في الميراث ،
والأقرب في الشفعة .

وقال في كتاب «نكت الوصايا» : «وفي قول أبي يوسف الأول : كل ذي رحم
محرم فيه سواء ، وفي قوله الآخر - وهو قول محمد بن عبد الله - : ذو رحم محرم وغيره
من القرابة سواء ، وكل من يجمعه وإياه أقصى أب في الإسلام دخل في الوصية ،
وفي قول يوسف ^(١) بن خالد السخري ^(٢) : كل من يجمعه وإياه ثلاثة آباء في الإسلام
دخل في الوصية .

وقال بعضهم : كل من يجمعه أربعة آباء .

وقال بعضهم : كل [٥٣٧/٣] من عرف من أقرابه دخل فيه ، ولا يؤقت وقتاً .
وجه قول أبي يوسف الأول : أن كل ذي رحم محرم في وحبب الصلة سواء ،
وليس أحدهم أولى من الآخر ، ألا ترى أنه لو أوصى لأخوته ، وله إحوة بعضهم
من الأب ، وبعضهم من [٥٣٨/٨] الأم ، وبعضهم من الأب والأم ، دخلوا كلهم
في الوصية ، ولا يُعتبر فيهم الأقرب فالأقرب ، فكذلك ههنا .

وجه قوله الآخر : أن لفظ القرابة في الأبعدين أكثر استعمالاً من الأقربين .
ألا ترى أن الرجل لا يقول لأخيه : هو قرابي ، فلما كان هذا اللفظ في الأبعدين
أكثر استعمالاً : دخلوا ^(٣) فيه ، ألا ترى إلى قوله ﷺ : «وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ»
[اشعراء : ٢١٤] ، لما نزل جمع رسول الله ﷺ زهاء سبعين نفساً ، وقال [لهم] ^(٤) : «إني

(١) في الأصل : «أبي يوسف» ، والمثبت من «م» ، و«ما» .

(٢) تقدست ترجمته .

(٣) في الأصل : «دخل» . والمثبت من «ن» ، و«ما» ، و«غ» ، و«ر» ، و«م» .

(٤) ما بين المعقوفين : زيادة من «ن» ، و«ما» ، و«غ» ، و«ر» ، و«م» .

﴿عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ﴾

نَذِيرٌ لَكُمْ بَيْنَ يَدَيْ عَذَابٍ شَدِيدٍ^(١)، وَكَانَ فِيهِمْ ذُو رَحِمٍ مَحْرُومٌ وَعِيَاهُمْ
فَبَيَّنَّ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ الْجَمِيعُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُعْكَرُ أَنْ يَدْخُلَ فِيهِ جَمْعُ
أَرْوَاحِ آدَمَ، فَيُجْعَلُ الْحَدُّ فِيهِ مَنْ يَجْمَعُهُ وَإِيَّاهُ أَقْصَى أَبٍ فِي الْإِسْلَامِ، [لأنه لما
وَزَدَ الْإِسْلَامُ]^(٢) صَارَتْ الْمَعْرِفَةُ بِأَهْلِ الْإِسْلَامِ، وَكَانَ قَبْلَ ذَلِكَ يُعْرَفُ بِقَبَائِلِ
الْحَامِلِيَّةِ.

وَجَهْ قَوْلِ السَّمْتِيِّ رحمته : أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ لَا تَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ، وَلَا لِأَحَدٍ مِنْ
أَقْرَبَائِهِ، وَكَانَ بَنُو هَاشِمٍ لَا يَحِلُّ لَهُمْ اخْتِذُ الصَّدَقَةِ، وَهَاشِمٌ كَانَ الْأَبُ الثَّلَاثَ لِرَسُولِ
اللَّهِ ﷺ، وَهُوَ مُحَمَّدٌ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ بْنِ هَاشِمٍ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ.
وَوَجْهٌ مَنِ اعْتَبَرَ إِلَى أَرْبَعَةِ آبَاءَ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُعْطِي سَهْمَ ذَوِي الْقُرْبَى:
بِئِ عَبْدِ مَنَافٍ، وَعَبْدُ مَنَافٍ كَانَ الْأَبُ الرَّابِعُ.

فَإِذَا عَرَفْتَ هَذَا: فَإِنْ كَانَ لِلْمَوْصِي عَمَّانٌ وَخَالَانِ، وَالْوَارِثُ غَيْرُهُمْ، فَالْثُلُثُ
لِلْعَمَّانِ دُونَ الْخَالَائِنِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ،
وَالْعَمَّانُ أَقْرَبُ مِنَ الْخَالَائِنِ؛ لِأَنَّ قَرَابَتَهُمَا مِنْ قَبْلِ الْأَبِ، وَالْإِنْسَانُ يُنْسَبُ إِلَى أَبِيهِ.
أَلَا تَرَى أَنَّ الْوِلَايَةَ لِلْعَمِّ دُونَ الْخَالِ فِي بَابِ النِّكَاحِ، فَجَبَّتْ أَنََّّهُمَا أَقْرَبُ مِنْ
طَرِيقِ الْحُكْمِ، وَإِنْ كَانَ عَمًّا وَاحِدًا وَخَالَائِنِ؛ كَانَ لِلْعَمِّ النِّصْفُ، وَالنِّصْفُ الْبَاقِي
لِلْخَالَائِنِ؛ لِأَنَّ الْعَمَّ الْوَاحِدَ لَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الْجَمَاعَةِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَوْجِبَ جَمِيعَ
الْوَصِيَّةِ.

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي كِتَابِ التَّفْسِيرِ / بَابِ تَفْسِيرِ سُورَةِ الشُّعَرَاءِ [رَقْمُ ٤٤٩٢]، وَمُسْلِمٌ فِي كِتَابِ
الْإِيمَانِ / بَابِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ غَيْرُكَ الْأَقْرَبِينَ﴾ [رَقْمُ ٢٠٨]، وَغَيْرُهُمَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ
عَبَّاسٍ رضي الله عنهما.

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: وَبَيَّانٌ مِنْ: «أَب»، وَ«أَخ»، وَ«أُم»، وَ«أَبِي».

على ما اختلف فيه المشايخ.

وَفَائِدَةُ الْإِخْتِلَافِ تَطْهَرُ فِي أَوْلَادِ أَبِي طَالِبٍ فَإِنَّهُ أَذْرَكَ الْإِسْلَامَ وَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُمَا أَنْ الْقَرِيبَ مُشْتَقٌّ مِنَ الْقَرَابَةِ فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ

—————

فَإِذَا دُفِعَ إِلَيْهِ لِلنِّصْفِ ، وَبَقِيَ النِّصْفُ ، صُرِفَ إِلَى الْخَالَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَقْرَبُ إِلَيْهِ بَعْدَ الْعَمِّ ، وَهُمَا يَسْتَحِقُّانِ اسْمَ الْقَرَابَةِ ، فَإِذَا أَخَذَ الْعَمُّ النِّصْفَ ، فَاجْعَلْ فِي النِّصْفِ الْبَاقِي ، كَأَنَّهُ لَمْ يَتْرُكْ إِلَّا خَالَتَيْنِ ، وَفِي قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله : الْعَمَّانِ وَالْخَالَاتِ سِوَاهُ.

وَقَدْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمهما الله : إِذَا أَوْصَى لِذِي قَرَابَتِهِ ، وَكَانَ [٢٠٨/٨] ^(١) لَهُ عَمٌّ اسْتَحَقَّ [جَمِيعَ] ^(٢) الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ الْوَاحِدَ ، وَالْخِلَافُ فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِذِي قَرَابَتِهِ ، أَوْ لِأَقَارِبِهِ ، أَوْ لِأَنْسَابِهِ ، أَوْ لِأَرْحَامِهِ ، أَوْ لِذَوِي أَرْحَامِهِ سِوَاهُ . ذَكَرَهُ فِي «الزِّيَادَاتِ» .

قَوْلُهُ : (عَلَى مَا اُخْتَلَفَ فِيهِ الْمَشَايِخُ) ، [أَيَ: اُخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ] ^(٣) رحمهم الله فِي أَقْصَى أَبِي فِي الْإِسْلَامِ مَنْ هُوَ ؟

قَالَ بَعْضُهُمْ : هُوَ أَوَّلُ أَبِي أَسْلَمَ ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا يُشْتَرِطُ الْإِسْلَامُ ، بَلْ يُشْتَرِطُ أَنْ يُدْرِكَ الْإِسْلَامَ ، مِثْلُ رَجُلٍ مِنَ الْعَلَوِيَّةِ أَوْصَى لِأَقْرَبَائِهِ ، فَمَنْ شَرَطَ الْإِسْلَامَ اعْتَبَرَ الْإِتِّصَالَ بِعَلِيٍّ رحمهما الله ، دُونَ أَبِي طَالِبٍ ، وَمَنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ اشْتَرَكَ [٢٠٨/٢] فِيهِ عَلَى قَوْلِهِ أَوْلَادُ أَبِي طَالِبٍ ، وَهَذَا أَشْبَهُ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ أَوْلَادُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُدْرِكِ الْإِسْلَامَ . كَذَا قَالَ الْإِمَامُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رحمهما الله فِي «شَرْحِ الزِّيَادَاتِ» .

قَوْلُهُ : (فَيَكُونُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ بِهِ) ، أَيَ: يَكُونُ الْقَرِيبُ اسْمًا لِمَنْ قَامَتْ

(١) تكرر الترقيم الداخلي في هذه اللوحة .

(٢) ما بين المعقوفين : زيادة من «ن» ، و«ما» ، و«ع» ، و«هـ» ، و«م» .

سظم بتحقيقه مواضع الخلاف.

وَلَهُ أَنْ الْوَصِيَّةُ أُخْتُ الْمِيرَاثِ، وَفِي الْمِيرَاثِ يُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَلَا اقْرَبُ.

وَالْمُرَادُ بِالْجَمْعِ الْمَذْكُورِ فِيهِ اثْنَانِ فَكَذَا فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْمَقْصِدُ مِنْ هَذِهِ الْوَصِيَّةِ تَلَاقي مَا قَرِطَ فِي إِقَامَةِ وَاجِبِ الصَّلَاةِ وَهُوَ يَخْتَصُّ بِذِي الرَّجْمِ الْمَحْرَمِ بِنْتًا، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ قَرَابَةُ الْوَلَادِ فَإِنَّهُمْ لَا يُسَمُّونَ أَقْرَبَاءَ، وَمَنْ سَمِيَ وَالِدَهُ قَرِيبًا كَانَ مِنْهُ عُرُوقًا، وَهَذَا لِأَنَّ الْقَرِيبَ فِي عُرْفِ اللُّسَانِ مَنْ يَتَقَرَّبُ إِلَى غَيْرِهِ بِوَسِيلَةٍ غَيْرِهِ، وَتَقَرَّبُ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ بِنَفْسِهِ لَا بِغَيْرِهِ، وَلَا مُعْتَبَرٍ بِظَاهِرِ اللَّفْظِ بَعْدَ الْعِقَادِ الْإِحْتِمَاعِ عَلَى تَرْكِهِ، فَعِنْدَهُ يَقِيدُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ، وَعِنْدَهُمَا بِأَقْصَى الْأَبِ فِي الْإِسْلَامِ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ بِالْأَبِ الْأَدْنَى.

غاية البيان

القرابة به.

قَوْلُهُ: (فَيَسْتَظْمُ بِتَحْقِيقِهِ^(١) مَوَاضِعَ الْخِلَافِ)، أَي: يَشْمَلُ اسْمُ^(٢) الْقَرِيبِ بِحَقِيقَةِ مَوَاضِعِ الْخِلَافِ، وَهِيَ ذُو الرَّجْمِ غَيْرُ الْمَحْرَمِ، وَالرَّجْمُ الْأَبْعَدُ.

قَوْلُهُ: (وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ قَرَابَةُ الْوَلَادِ)، أَي: لَا يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ عَلَى ذَوِي قَرَابَةِ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ مِنَ الْقَرَابَةِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ سَمِيَ وَالِدَهُ قَرِيبًا؛ كَانَ عَاقًا عُرُوقًا، يَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [الغرة: ١٨٠]. عَطَفَ الْأَقْرَبَ عَلَى الْوَالِدَيْنِ، وَالْعَطْفُ يَقْتَضِي الْمَغَايِرَةَ، فَلَا يَكُونُ الْوَالِدُ قَرِيبًا، فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْوَالِدُ قَرِيبًا؛ لَا يَكُونُ الْوَلَدُ قَرِيبًا أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ يُلْزَمُ مِنْ قُرْبِ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ قُرْبُ الْآخَرِ إِلَيْهِ، وَإِلَّا لَا يَثْبُتُ الْقُرْبُ أَصْلًا.

(١) فِي الْأَصْلِ: «تَحْقِيقُهُ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «وَأَقْرَبًا»، «وَع»، «وَأَر»، «وَأَم».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «اسْمُ الْأَبِ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «وَأَقْرَبًا»، «وَع»، «وَأَر»، «وَأَم».

قال ومن أوصى لأقاربه وله عمان وحالات ؛ فالوصية لعميه عند أبي حنيفة اعتبار للأقرب كما في الإرث ، وعندهما بينهما أرباعاً إذ هما لا يغنيان الأقرب (ولو ترك عمًا وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين) لأنه لا نكاح من اعتبار معنى الجميع وهو الأنساب في الوصية كما في الميراث بخلافه إذا أوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية ، لأن اللفظ للأقرب في الواحد كلها إذ هو الأقرب ، ولو كان له عم واحد ؛ فله نصف الثلث لما بيناه ، ولو ترك عمًا وعمّة وخالًا وحالة فالوصية للعمّ والعمّة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى ، والعمّة وإن لم تكن واريثة فهي مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقًا أو كافرًا ، وكذلك إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه ولأنسائه في جميع ما ذكرنا ، لأن كل ذلك لفظ جمع ، ولو انعدم المحرّم بطلت الوصية لأنها مقيدة بهذا الوصف .

في غاية البيان

قوله: (قال: ومن أوصى لأقاربه وله عمان وخالان ؛ فالوصية لعميه عند أبي حنيفة) ، أي: قال القُدوري رحمه الله في «مختصره»^(١) ، وقد بيناه وما بعده قبل هذا قوله: (ولو كان له عم واحد ؛ فله نصف الثلث) ، أي: فيما إذا أوصى لأقاربه و[كان]^(٢) له عم واحد ، ولم يكن هو وارثًا ؛ كان له نصف الثلث ، ونصف الباقي يُرد على الورثة ؛ لأنه لا بُد من اعتبار [معنى]^(٣) الجمع ، وهو الاثنين .

قوله: (ولأنسائه) ، هي جمع النسب ، كالأنصباء في جمع النصيب .

قوله: (في جميع ما ذكرنا) ، يعني: يشترط فيه خمس شرائط عند أبي حنيفة ،

(١) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/٢٤٤] .

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ان» ، «فان» ، «وا» ، «وار» ، «وام» .

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ان» ، «فان» ، «وا» ، «وار» ، «وام» .

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِ فَلَانٍ فِيهِ عَلَى زَوْجَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يَتَنَاوَلُ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَنَضَمْتُهُمْ نَفَقَتَهُ، اِعْتِبَارًا لِلْعُرْفِ وَهُوَ مُؤَيَّدٌ بِالنَّصِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى ﴿وَأَتَوْفٍ بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف ٩٣] وَلَوْ أَنَّ اسْمَ الْأَهْلِ حَقِيقَةٌ

﴿عامة لسان﴾

رَقْدًا مَرَّ ذَلِكَ، وَعِنْدَهُمَا: لَا يُسْتَرَطُّ الرَّحِمُ الْمَحْرَمُ، وَالْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِأَهْلِ فَلَانٍ فِيهِ عَلَى ٣٠٨ م زَوْجَتِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ر.ه)، وَقَالَا: يَتَنَاوَلُ كُلُّ مَنْ يَعُولُهُمْ وَنَضَمْتُهُمْ نَفَقَتَهُ).

وقوله: (قَالَ) لَمْ يَقَعْ مُنَاسِبًا؛ لِأَنَّ عَادَةَ الْمُصَنِّفِ ر.ه أَنْ يَذْكُرَ لَفْظَ (قَالَ) إِذَا كَانَ الْمَسْأَلَةُ مَسْأَلَةً «الْقُدُورِيِّ» أَوْ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، أَوْ كَانَتْ مَذْكُورَةً فِي «الْبَدَايَةِ»، وَهَذِهِ مَعَ مَا بَعْدَهَا إِلَى قَوْلِهِ: (وَمَنْ أَوْصَى لِوَلَدٍ فَلَانٍ). لَيْسَتْ مِنْ تِلْكَ الْجُمْلَةِ، وَكُلُّ هَذِهِ الْمَسَائِلِ مَذْكُورَةٌ فِي «مَخْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» ر.ه.

قَالَ الْكَرْخِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «قَالَ مُحَمَّدٌ ر.ه فِي «إِمْلَائِهِ»: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ر.ه: إِذَا أَوْصَى فَقَالَ: ثُلُثُ مَالِي لِأَهْلِ فَلَانٍ؛ فَإِنْ هَذَا عَلَى زَوْجَةِ فَلَانٍ خَاصَّةً.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ ر.ه: هَذَا عَلَى جَمِيعِ مَنْ يَعُولُهُ فَلَانٌ مِمَّنْ تَضَمُّهُ نَفَقَتُهُ غَرِيبًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ، الزَّوْجَةُ وَالْيَتِيمُ فِي حِجْرِهِ، وَالْوَلَدُ إِذَا كَانَ يَعُولُهُ، فَإِنْ كَانَ كَبِيرًا قَدْ اعْتَزَلَ عَنْهُ، أَوْ كَانَتْ بِنْتًا قَدْ تَرَوَّجَتْ؛ فَلَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ، إِنَّمَا أَهْلُهُ مَنْ ضَمَّتْهُ نَفَقَتُهُ، وَهِيَ فِي عِيَالِهِ.

وَقَالَ فِي «الزِّيَادَاتِ»: إِذَا أَوْصَى لِأَهْلِ فَلَانٍ أَوْ لِأَهْلِهِ، فَالْقِيَاسُ فِي هَذَا: أَنَّ الْوَصِيَّةَ لِلزَّوْجَةِ خَاصَّةٌ دُونَ مَنْ سِوَاهَا، وَلَكِنَّا نَسْتَخِيرُ فَتَجْعَلُ الْوَصِيَّةَ لِجَمِيعِ مَنْ يَعُولُ مِمَّنْ يَجْمَعُهُمْ مَنْزِلُهُ وَدَارُهُ مِنَ الْأَحْرَارِ، وَلَا [٥٣٨/٢] يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ مَمَالِكُهُ، وَلَا وَارِثُ الْمُوصِي، وَلَا يَدْخُلُ فَلَانُ الْمُوصِي لِأَهْلِهِ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ

فِي الرُّوْجَةِ يَشْهَدُ بِذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿وَسَارَ بِأَهْلِيهِ﴾ [النصر ٢٩] وَمِنْهُ قَوْلُهُمْ تَأْهَلْ بِلَدَةٍ كَذَا، وَالْمُطْلَقُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْحَقِيقَةِ

قَالَ: وَلَوْ أَوْصَى لِأَلٍ فَلَانٍ فَهُوَ لِأَهْلِ بَيْتِهِ لِأَنَّ الْأَلَّ الْقَبِيلَةَ الَّتِي يُنْسَبُ

عَنْ أَبِيهِ

الْوَصِيَّةَ، لَمْ يَذْكُرْ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «الزِّيَادَاتِ»^(١) إِلَى هَذَا لَمْ يَطْعُ الْكَرْخِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَجْهَ قَوْلِهِمَا: أَنَّ اسْمَ الْأَهْلِ يَنْطَبِقُ عَلَى كُلِّ مَنْ يَعْوُلُهُ وَتَضُمُّهُ نَفْسُهُ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى فِي قِصَّةِ يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ﴿وَأَتَوْنِي بِأَهْلِكُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [يوسف ٩٣]، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَأَنْجَيْنَاهُ وَأَهْلَهُ إِلَّا أَمْرَأَتَهُ﴾ [الأعراف ٨٣]، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَلَمَّا جَاءَهُمْ مُوسَى بِآيَاتِنَا يَتَسَنَّيَ﴾ [النصر ٣٦].

وَلَمْ يَرِدْ فِي هَذِهِ الْمَوَاصِعِ الزُّوجَةُ خَاصَّةً، فَيُحْمَلُ عَلَى الْكُلِّ إِلَّا أَنَّ الصَّمَالِيكَ لَا يَدْخُلُونَ؛ لِأَنَّهُمْ حَدَمُ الْأَهْلِ تَبِعَ لَهُمْ، وَلَا يُقَالُ لِلصَّمَالِيكَ: أَهْلُ الْحَوْلَى أَيْضًا، وَإِنْ كَانَ لَهُ أَهْلٌ بِلَدَتَيْنِ دَخَلُوا جَمِيعًا ذَكَرَهُ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «الزِّيَادَاتِ».

وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ الْأَهْلَ يُرَادُّ بِهِ الرُّوْجَةُ فِي الْعُرْفِ، يَقُولُ: مَنْ تَأْهَلَّ بِلَدَةٍ فَهُوَ مِنْهُمْ، أَيْ: تَزَوَّجَ

رَقُولُ صَاحِبِ «الْهُدَايَةِ» رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَعَبِيرُهُ فِي الْاِحْتِجَاجِ لِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِيهِ﴾ [النصر ٢٩]، فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ فِي لَايَةِ الرُّوْجَةِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهُ تَعَالَى قَالَ: ﴿فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الْأَجَلَ وَسَارَ بِأَهْلِهِ آنَسَ مِنْ جَانِبِ الطُّورِ نَارًا قَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا﴾ [النصر ٢٩] [١/٣٠٩/٨]، أَلَا تَرَى أَنَّهُ خَاطَبَهُمْ بِخُطَابِ الْجَمْعِ، وَالْآيَةُ فِي سُورَةِ الْقَصَصِ، وَكَذَلِكَ حَاطَبٌ فِي سُورَةِ طه، وَقَالَ تَعَالَى:

﴿وَهَلْ أَنتَكَ حَرِيثُ مُوسَى ۖ إِذْ رَا نَارًا فَقَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا﴾ [طه ٩٠-١٠٠].

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَى لِأَلٍ فَلَانٍ)، فَهُوَ لِأَهْلِ بَيْتِهِ.

(١) ينظر: «شرح محاصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠٠/داماد].

بَيْتِهَا، وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ بَيْتِ فَلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِ أَبُوهُ وَخَدُّهُ لِأَنَّ الْأَبَ أَصْلُ النِّسْبِ،
وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ نَسَبِهِ أَوْ لِحَنْسِهِ فَالنَّسَبُ عِبَارَةٌ عَمَّنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ، وَالْحَنْسُ

﴿عابه البيان﴾

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله فِي «مَحْتَصَرِهِ»: «لَوْ قَالَ: قَدْ أَوْصَيْتُ بِثُلْثِ مَالِي لِأَهْلِ
فُلَانٍ كَانَ» ^(١) بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: لِأَهْلِ بَيْتِ فَلَانٍ، وَلَا يَدْخُلُ أَحَدٌ مِنْ قَرَابَةِ الْأُمِّ فِي
نِسْبَةٍ مِنْ هَذِهِ الْوَصِيَّةِ» ^(٢) إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ أَيْضًا: «لَوْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأَهْلِ بَيْتِهِ، أَوْ لِحَنْسِهِ، فَهَذَا عَلَى
نِسْبَةِ أَبِيهِ الْأَبِ الَّذِي يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ أَقْصَى أَبٍ فِي الْإِسْلَامِ مِنْ ذَرِي الرَّجْمِ الْمَحْرَمِ
وغيرهم» ^(٣) يَمَعْنُ لَا يَرِثُ عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ، وَإِنْ كَانَ أَبُوهُ أَوْ وَلَدُهُ عَلَى غَيْرِ دِينِهِ،
وَمَوْلَدُهُ لَصُلْبِهِ، دَخَلُوا فِي الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ» ^(٤). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رحمه الله.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحِيُّ رحمه الله فِي «شَرْحِ الْكَافِي»: «إِذَا أَوْصَى لِأَهْلِ
بَيْتِهِ، فَإِنْ كَانَ الْمُوصِي مِنَ أَوْلَادِ الْعَنَاسِ: فَكُلُّ مَنْ كَانَتْ نِسْبَتُهُ إِلَى الْعَبَّاسِ مِنْ
قِبَلِ الْأَبِ دَخَلَ فِيهِ، سِوَاءَ كَانَ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، بَعْدَ أَنْ يَكُونُوا مُنْشَوِّبِينَ إِلَيْهِ مِنْ قِبَلِ
الْأَبَاءِ، وَمَنْ كَانَ نِسْبَتُهُ إِلَيْهِ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ لَا يَدْخُلُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُسَمَّى مِنْ أَهْلِ بَيْتِهِ،
وَأَمَّا يُسَمَّى مِنْ أَهْلِ بَيْتِ آخَرِينَ، وَكَذَا الْوَصِيَّةُ لِجَنْسِ فَلَانٍ أَوْ لِمُحْتَاجِي حَنْسِهِ؛
لِأَنَّ الْجَنْسَ وَأَهْلَ الْبَيْتِ سِوَاءٌ» ^(٥).

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ رحمه الله فِي «الرِّيَادَاتِ»: «وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ تُوصِي لِجَنْسِهَا

(١) فِي الْأَصْلِ: «بِهِ». وَالْمَشْتَبَهُ: «ن»، وَ«د»، وَ«غ»، وَ«ر»، وَ«م».

(٢) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مَحْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» لِلْقَلْدُورِيِّ [ق/٤٠٠/دَمَاد].

(٣) فِي الْأَصْلِ: «وغيره». وَالْمَشْتَبَهُ: «ن»، وَ«د»، وَ«غ»، وَ«ر»، وَ«م».

(٤) يَنْظُرُ: «شَرْحُ مَحْتَصَرِ الْكَرْخِيِّ» لِلْقَلْدُورِيِّ [ق/٤٠٠/دَمَاد].

(٥) يَنْظُرُ: «الْمَسْوُوطُ» لِلْسَّرْحِيِّ [١٥٧/٢٧].

تَكُونُ مِنْ جِهَةِ الْآثَاءِ، وَحِنْسُهُ أَهْلُ تَبْتِ أَبِيهِ دُونَ أُمِّهِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَنْحَسُّ
نَاسَهُ، بِخِلَافِ قَرَابَتِهِ حَيْثُ تَكُونُ مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ وَالْأَبِ.

وَلَوْ أَوْصَى لِأَيِّتَمٍ بَنِي فَلَانٍ، أَوْ لِعُمَيَّاتِهِمْ، أَوْ لِبُرْمَانِهِمْ، أَوْ لِأَرَامِلِهِمْ، إِنْ
كَانُوا قَوْمًا مُحْصُونَ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ قُرَاؤُهُمْ وَأَعْيَانُهُمْ، ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ.

﴿عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ﴾

وَأَهْلُ بَيْتِهَا لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ وَلَدُهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونُوا مِنْ بَنِي أَعْمَامِهَا ^(١).

قَوْلُهُ: (لِأَنَّ الْإِنْسَانَ يَنْحَسُّ بِأَبِيهِ)، لِأَنَّ الْجَنْسَ عَارَةٌ عَنِ السَّبَبِ، وَالسَّبَبُ
إِلَى الْآبَاءِ، أَلَا تَرَى أَنَّ إِبْرَاهِيمَ ابْنَ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ أَمْعَلُ الصَّلَاةِ وَالسَّلَامِ - كَانَ
[٢٣٩هـ] هَاشِمِيًّا، وَإِنْ كَانَ وَلَدًا مِنْ مَارِيَّةَ، وَكَذَلِكَ الْخُلَفَاءُ وَلِدُوا مِنَ الْإِمَاءِ جَمِيعًا
إِلَّا مَا شَذَّ، وَكَانُوا عَبَّاسِيَّينَ صَالِحِينَ لِلْحِلَافَةِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَى لِأَيِّتَمٍ بَنِي فَلَانٍ، أَوْ لِعُمَيَّاتِهِمْ، أَوْ لِبُرْمَانِهِمْ، أَوْ لِأَرَامِلِهِمْ،
إِنْ كَانُوا قَوْمًا مُحْصُونَ دَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ قُرَاؤُهُمْ وَأَعْيَانُهُمْ، ذُكُورُهُمْ وَإِنَاثُهُمْ).

وَالْبَيْتِيُّ: اسْمٌ لِمَنْ كَانَ دُونَ الْبُلُوغِ وَلَا أَبَ لَهُ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «لَا يَتِمُّ بَعْدَ
الِاخْتِلَامِ» ^(٢)، رَوَاهُ عَلِيُّ فِي «السُّنَنِ» فِي كِتَابِ الْوَصَايَا

قَالَ فِي «نُحْفَةِ الْفُقَهَاءِ»: «وَلَوْ أَوْصَى لِأَيِّتَمٍ بَنِي فَلَانٍ؛ فَإِنَّهُ يَقَعُ عَلَى مَنْ لَا
أَبَ لَهُ، وَلَوْ أَوْصَى [٣٠٩، ٨هـ] لِأَيِّتَمٍ بَنِي فَلَانٍ، فَالْأَيِّتَمُ: كُلُّ امْرَأَةٍ لَا رَوْحَ لَهَا،
بِكُرٍّ كَانَتْ أَوْ نَيْبًا، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ﷺ: يَقَعُ عَلَى الثَّيِّبِ لَا غَيْرَ، وَالْأَرْمَلَةُ: كُلُّ امْرَأَةٍ
مُحْتَاجَةٍ، أَرْمَلَتْ مِنْ زَوْجِهَا وَمَالِهَا.

(١) فِي الْأَصْلِ: «عَمَّهَا». وَالْمَعْنَى مِنْ: «أَب»، وَ«فَانَّ»، «رَفَعَ»، وَ«دَرَّ»، وَ«مَرَّ».

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا بَابَ مَا جَاءَ مِنْهُ بِقَطْعِ الْيَتَمِ [رقم / ٢٨٧٣]، وَمِنْ صَرِيحِهِ

الْبَيْهَقِيُّ فِي «السُّنَنِ الْكُبْرَى» [رقم / ١١٠٩١]، مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِهِ مَعْرُوفٌ

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: «أَعْنَهُ الْعَمِيُّ وَعَبْدُ الْحَقِّ وَابْنُ الْقَطَّانِ وَالْمُسَدِّقِيُّ وَغَيْرُهُمْ، وَحِنْسُهُ الْمَوَدَّةُ مَتَمَسِّكٌ

بِكُوتِ أَبِي دَاوُدَ عَلَيْهِ». بَطْنُ: «التَّخْيِصُ الْحَبِيرُ» لِابْنِ حَجَرٍ [٢١٠٠/٥]

لأنَّه أُنْكَرَ تَحْقِيقُ التَّمْلِيكِ فِي حَقِّهِمْ وَلَوْصِيَّةُ غَالِبِكَ وَإِنْ كَانُوا لَا يُخْصَوْنَ
وَلَوْصِيَّةٌ فِي الْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْوَصِيَّةِ الْقُرْبَةُ وَهِيَ فِي سَادَةِ الْخَلْقِ
وَزَدَ الْجَوْعَةَ .

﴿ رُبُّ الوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ وَعَدَّهُ ﴾

ثُمَّ الْوَصَايَا نَوَعَانِ : فَالْوَصِيَّةُ لِقَوْمٍ يُخْصَوْنَ ؛ تَقَعُ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ عَلَى
سَرَاءٍ ، ذَكَرَهُمْ وَأُنْثَاهُمْ ، غَنِيَّهُمْ وَفَقِيرَهُمْ ، صَغِيرَهُمْ وَكَبِيرَهُمْ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ لَا
يُخْصَى عَدْدُهُمْ ؛ فَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ :

إِنْ أَوْصَى لِأَهْلِ لِحَاجَةٍ نَصًّا بِأَنْ قَالَ : لِفُقَرَاءِ بَنِي تَمِيمٍ ، أَوْ لِمَسَاكِينِهِمْ ، أَوْ
لِإِبِلِهِمْ ؛ فَإِنَّهُ يَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِيهِ لِلَّهِ تَعَالَى ، وَالْفُقَرَاءُ مُصَارِفٌ ، فَصَاحِبُ الْحَقِّ
مَعْلُومٌ فَصَحَّحْتُ .

وَالثَّانِي : أَنْ يَذْكُرَ اسْمًا لَا يَدُلُّ عَلَى الْحَاجَةِ ، لَا عُرْفًا وَلَا لُغَةً ، كَقَوْلِهِ :
أَرَصَيْتُ لِبَنِي فَلَانٍ ، أَوْ لِأَيَامَى بَنِي فَلَانٍ ، أَوْ لِنَسَائِهِمْ ، أَوْ لِهَيْزَمَائِهِمْ ، أَوْ لِكَهُولِهِمْ ،
أَوْ لِشُبُوحِهِمْ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحُوزُ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَقَعُ لَهُمْ ، وَهُمْ مَجْهُولُونَ .

وَالثَّلَاثُ : أَنْ يَكُونَ الْاسْمُ قَدْ يَقَعُ عَلَى الْفُقَرَاءِ ، إِنَّمَا فِي عُرْفِ اللُّغَةِ ، أَوْ فِي
عُرْفِ الشَّرْعِ ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِأَيَتَامِ بَنِي فَلَانٍ ، أَوْ لِعُمَيَّانِهِمْ ، أَوْ لَزَمَنَائِهِمْ ؛ لِقَوْلِهِ
نَعَانِي : ﴿ وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينُ ﴾ . فَمَتَى كَانُوا لَا يُخْصَوْنَ يُسْتَدَلُّ بِهِ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ
الْفُقَرَاءَ مِنْهُمْ تَصَحِيحًا لِلْوَصِيَّةِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانُوا يُخْصَوْنَ ؛ فَإِنَّهُ يَقَعُ عَلَى
الْأَعْيَاءِ وَالْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْعَمَلُ بِحَقِيقَةِ الْاسْمِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصَحُّ
بِهِمْ ^(١) . كَذَا فِي «التَّحْفَةِ» .

وَجُمْلَةُ الْقَوْلِ فِيهِ : مَا قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمه الله فِي «مَخْتَصَرِهِ» قَالَ : قَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله
فِي «الْإِمْلَاءِ» : وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ رحمه الله : إِذَا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِأَيَتَامِ بَنِي فَلَانٍ ،

(١) يَنْظُرُ : لِتَحْفَةِ الْعُقَدَاءِ لِعَلَاءِ الدِّينِ السَّمَرْقَنْدِيِّ [٢١٥/٣] .

باب الوصية

مَنْ كَانُوا يُحْصُونَ دَخَلَ فِيهِمُ الْفَقِيرُ وَالْعَبِيُّ، فَكَانَ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمُ بِالسُّوِّيَّةِ، الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ، وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصُونَ فَالْثَّلَاثُ لِلْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ، كَأَنَّهُ أَوْصَى لِلْمَسَاكِينِ، فَيُعْطَى الْوَصِيُّ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ.

وكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: قَدْ أَوْصَيْتُ بِثُلْثِ مَالِي لِعُمَيَّانِ بَنِي فُلَانٍ، أَوْ لَزَمْتَنِي بَنِي فُلَانٍ. فَإِنْ كَانُوا يُحْصُونَ: فَالْثَّلَاثُ بَيْنَهُمُ لِلْغَنِيِّ وَالْفَقِيرِ بِالسُّوِّيَّةِ، وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصُونَ فَالْثَّلَاثُ لِلْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ.

وَإِذَا أَوْصَى لِأَرَامِلِ بَنِي فُلَانٍ، فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُنَّ لِكُلِّ امْرَأَةٍ مُتَحَاتِحَةٍ كَانَتْ لَهَا زَوْجٌ فَطَلَّقَهَا، أَوْ مَاتَ عَنْهَا، فَهَذِهِ الْأَرْمَلَةُ قَدْ أَرْمَلَتْ مِنْ زَوْجِهَا، وَمَالِهَا، وَلَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ ذَكَرٌ مُتَحَاتِجٌ، وَلَا غَنِيٌّ، وَلَا يَدْخُلُ فِي ذَلِكَ امْرَأَةٌ غَنِيَّةٌ، فَإِنْ كُنَّ يُحْصَيْنَ؛ فُتَسَمُّ ذَلِكَ بَيْنَهُنَّ بِالسُّوِّيَّةِ، وَإِنْ كُنَّ لَا يُحْصَيْنَ فَهَذَا عَلَى مَا وَصَفْتُ لَكَ مِنْ [٣/٣٣٩ ط] أَمْرٍ [٨/٣١٠ م] الْمَسَاكِينِ.

وَإِذَا أَوْصَى لِأَيَّامِي بَنِي فُلَانٍ، فَالْأَيِّمُ كُلُّ جَارِيَةٍ قَدْ بَلَغَتْ وَجُمِعَتْ لَا زَوْجَ لَهَا. فَهَذِهِ الْأَيِّمُ غَنِيَّةٌ [كَانَتْ] ^(١) أَوْ فَقِيرَةٌ، فَإِنْ كُنَّ يُحْصَيْنَ؛ فَالْثَّلَاثُ بَيْنَهُنَّ بِالسُّوِّيَّةِ، الْعَيْنِيَّاتُ وَالْمُتَحَاتِجَاتُ، وَإِنْ كُنَّ لَا يُحْصَيْنَ كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ: لِبَنِي آدَمَ، وَلِبَنِي تَمِيمٍ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَلَا تَكُونُ الْجَارِيَةُ الَّتِي لَهَا زَوْجٌ أَيْمًا.

وَإِذَا قَالَ: لِكُلِّ ثَيِّبٍ مِنْ بَنِي فُلَانٍ، فَإِنْ كُنَّ لَا يُحْصَيْنَ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَإِنْ كُنَّ يُحْصَيْنَ فَالْوَصِيَّةُ جَائِزَةٌ بَيْنَهُنَّ بِالسُّوِّيَّةِ، الصَّغِيرَةُ وَالْكَبِيرَةُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ، وَالثَّيِّبُ كُلُّ امْرَأَةٍ جُمِعَتْ حَلَالًا أَوْ حَرَامًا، صَغِيرَةٌ كَانَتْ أَوْ كَبِيرَةٌ، غَنِيَّةٌ كَانَتْ أَوْ فَقِيرَةٌ، دَاتٌ زَوْجٍ كَانَتْ، أَوْ غَيْرَ ذَاتِ زَوْجٍ.

(١) ما بين المعقوفين زيادة من [١١]، و[١٢]، و[١٣]، و[١٤]، و[١٥]، و[١٦]، و[١٧]، و[١٨]، و[١٩]، و[٢٠]، و[٢١]، و[٢٢]، و[٢٣]، و[٢٤]، و[٢٥]، و[٢٦]، و[٢٧]، و[٢٨]، و[٢٩]، و[٣٠]، و[٣١]، و[٣٢]، و[٣٣]، و[٣٤]، و[٣٥]، و[٣٦]، و[٣٧]، و[٣٨]، و[٣٩]، و[٤٠]، و[٤١]، و[٤٢]، و[٤٣]، و[٤٤]، و[٤٥]، و[٤٦]، و[٤٧]، و[٤٨]، و[٤٩]، و[٥٠]، و[٥١]، و[٥٢]، و[٥٣]، و[٥٤]، و[٥٥]، و[٥٦]، و[٥٧]، و[٥٨]، و[٥٩]، و[٦٠]، و[٦١]، و[٦٢]، و[٦٣]، و[٦٤]، و[٦٥]، و[٦٦]، و[٦٧]، و[٦٨]، و[٦٩]، و[٧٠]، و[٧١]، و[٧٢]، و[٧٣]، و[٧٤]، و[٧٥]، و[٧٦]، و[٧٧]، و[٧٨]، و[٧٩]، و[٨٠]، و[٨١]، و[٨٢]، و[٨٣]، و[٨٤]، و[٨٥]، و[٨٦]، و[٨٧]، و[٨٨]، و[٨٩]، و[٩٠]، و[٩١]، و[٩٢]، و[٩٣]، و[٩٤]، و[٩٥]، و[٩٦]، و[٩٧]، و[٩٨]، و[٩٩]، و[١٠٠].

شأنه المسار

قَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَهَذَا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَقَوْلُنَا. قَالَ: فَأَمَّا فِي قَوْلِ أَبِي حَبِيبَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فَإِنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ إِذَا جُوعِمَتْ بِفُجُورٍ أَلَّا تَكُونَ نَيْبًا، وَإِذَا أَوْصَى نَكَرَ بِكَرٍّ فِي بَنِي فَلَانٍ، فَإِنْ كُنَّ لَا يُخَصِّنُ فَاَلْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَإِنْ كُنَّ يُخَصِّنُ فَاَلْوَصِيَّةُ لِلْإِنَاثِ دُونَ الذُّكُورِ، وَالْبِكْرُ: كُلُّ امْرَأَةٍ صَغِيرَةٍ أَوْ كَبِيرَةٍ، غَيَّةٍ أَوْ فَقِيرَةٍ، دُونَ رَوْحٍ، أَوْ غَيْرِ ذَاتِ رَوْحٍ، مَا لَمْ يَشْكُرْهَا رَجُلٌ.

وَإِذَا ذَهَبَتِ الْعُدْرَةُ ^(١) مِنْ وَثْبَةٍ، أَوْ مِنْ وَصْوَةٍ، أَوْ مِنْ حَيْضٍ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، إِلَّا أَنَّهُ بَغِيرِ جَمَاعٍ رَحُلٍ، مَهِيَ بِكَرٍّ عَلَى حَالِهَا، وَهِيَ دَاخِلَةٌ فِي الْوَصِيَّةِ، فَإِذَا اشْكُرَهَا رَجُلٌ فَجَاعَمَهَا بِفُجُورٍ، أَوْ حِلَالٍ، أَوْ بِشُبْهَةٍ؛ فَقَدْ حَرَجَتْ مِنْ أَنْ تَكُونَ بِكَرًّا، وَلَا شَيْءَ لَهَا مِنَ الْوَصِيَّةِ ^(٢). إِلَى هُنَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «مَخْتَصَرِهِ».

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ أَيْضًا فِيهِ: «قَالَ مُعَلَّى فِي «نَوَادِرِهِ»: عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي رَجُلٍ أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ، فَالْقَرَابَةُ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ. وَأَمَّا الْجَنْسُ وَاللَّحْمَةُ: فَمِنْ قَبْلِ الْأَبِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِذَا أَوْصَى رَجُلٌ لِأَهْلِ بَيْتِهِ؛ دَخَلَ أَبُوهُ وَجَدُّهُ فِيهِمْ إِذَا كَانَ يَمَنُّ لَا يَرِثُ، وَإِذَا أَوْصَى لِقَرَابَتِهِ لَمْ يَدْخُلِ الْأَبُ وَالْجَدُّ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ: لِقَرَابَتِي مِنَ الْأَقْرَبِ فَالْأَقْرَبُ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي رَجُلٍ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ فِي الصَّلَاةِ، وَلَهُ إِخْوَةٌ وَأَحْوَاتٌ وَبَنُو أَخٍ وَبَنُو أُخْتٍ، قَالَ: يُوضَعُ الثُّلُثُ فِي جَمِيعِ قَرَابَتِهِ مِنْ هَؤُلَاءِ، وَمَنْ وُلِدَ مِنْهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ بِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَمَنْ وُلِدَ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَدْخُلْ مَعَهُمْ.

وَقَالَ الْكَرْخِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَيْضًا: «قَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ: سَمِعْتُ أَبَا يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ فِي

(١) أي: الكثرة. يطرأ: «مختار الصحاح» لزين الرازي [ص/٢٠٣ / مادة: عذر].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤٠١ / دأمد].

وَهَذِهِ الْأَسَامِي تُشِيرُ بِتَحَقُّقِ الْحَاجَةِ فَجَازَ حَمْلُهُ عَلَى الْفُقَرَاءِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِشَبَّانٍ بَنِي فَلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ أَوْ لِأَيَّامٍ بَنِي فَلَانٍ وَهُمْ لَا يُحْصَوْنَ حَيْثُ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي اللَّفْظِ مَا يُنْبِئُ عَنِ الْحَاجَةِ فَلَا

خاتمة البيات

رَجُلٍ قَالَ: قَدْ أَوْصَيْتُ بِثُلْثِ مَالِي لِشَبَابِ أَهْلِ بَيْتِي، أَوْ [قَالَ] ^(١): لِكُھُولِ أَهْلِ بَيْتِي، أَوْ قَالَ: لِمَشِيخَةِ أَهْلِ بَيْتِي [٢/٣١٠/٨]، قَالَ: الشَّبَابُ مِنْ خَمْسَ عَشْرَةَ [سَنَةً] ^(٢) إِلَى خَمْسِينَ، إِلَّا أَنْ يَغْلِبَ الشَّمَطُ قَبْلَ ذَلِكَ، وَالْكُھُلُ: مِنْ ثَلَاثِينَ إِلَى آخِرِ عُمُرِهِ، وَالشَّيْخُ مَا زَادَ عَلَى الْخَمْسِينَ.

قَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ: وَكَانَ أَبُو يَوْسَفَ قَالَ فِي هَذَا قَبْلَ هَذَا الْقَوْلِ بِأَشْهُرٍ أَوْ بَسَنَةِ خِلَافَ هَذَا، وَقَالَ هَذَا الْقَوْلُ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَقَالَ ابْنُ سَمَاعَةَ: عَنْ أَبِي يَوْسَفَ سَمِعْتُهُ يَقُولُ فِي رَجُلٍ أَوْصَى لِكُھُولِ أَهْلِ بَيْتِهِ، قَالَ: الْكُھُلُ ابْنُ ثَلَاثِينَ سَنَةً فَصَاعِدًا إِلَى مِائَةٍ أَوْ أَكْثَرَ، وَإِنْ قَالَ: لِمَشِيخَةِ أَهْلِ بَيْتِي [٢/٤٠/٣]؛ فَالشَّيْخُ ابْنُ أَرْبَعِينَ سَنَةً فَصَاعِدًا، وَإِنْ قَالَ: غِلْمَانُ أَهْلِ بَيْتِي فَابْنُ أَقَلِّ مِنْ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْهُمْ قَدْ احْتَلَمَ فِي أَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ أَبُو الْحَسَنِ: «أَرَى هَذَا الْقَوْلَ الَّذِي ذَكَرَ ابْنُ سَمَاعَةَ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ، وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ سَمَاعَةَ قَوْلًا آخَرَ قَالَ: [سَمِعْتُ أَبَا يَوْسَفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ] ^(١) فِي رَجُلٍ أَوْصَى ثُلْثَ مَالِهِ لِكُھُولِ أَهْلِ بَيْتِهِ، قَالَ: فَهُوَ لِأَبْنَاءِ الثَّلَاثِينَ إِلَى الْأَرْبَعِينَ، وَقَدْ الشَّيْخُ: مَا زَادَ عَلَى الْخَمْسِينَ وَإِنْ لَمْ يَشِبْ، وَإِذَا زَادَ عَلَى الْأَرْبَعِينَ وَكَانَ شَيْخًا لِأَكْثَرِ فَهُوَ شَيْخٌ، وَإِنْ كَانَ السَّوَادُ الْأَكْثَرُ فَلَيْسَ بِشَيْخٍ، وَالشَّبَّابُ إِذَا احْتَلَمَ فَهُوَ شَابٌّ، قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَحْسَبُهُ إِلَى ثَلَاثِينَ سَنَةً.

وَقَالَ عَمْرُو بْنُ عَمْرٍو عَنْ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: الْغِلْمَانُ مَا كَانَ ابْنُ أَقَلِّ مِنْ خَمْسَ

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، و«٢٥»، و«ع»، و«ر»، و«ام»

(٢) في الأصل: «أبو يوسف». والمثبت من: «ن»، و«٢٥»، و«ع»، و«ر»، و«ام».

وفي الوصية للفقراء والمساكين. يجب الصرف إلى اثنين منهم. اعتباراً
لِمَعْنَى الْجَمْعِ ، وَأَقْلَهُ اثْنَانِ فِي الْوَصَايَا عَلَى مَا مَرَّ.

﴿عنه البيان﴾

قوله: (وفي الوصية للفقراء والمساكين: يجب الصرف إلى اثنين منهم.
اعتباراً لِمَعْنَى الْجَمْعِ ، وَأَقْلَهُ اثْنَانِ) ، أي: أقل الجمع اثنان في الوصايا^(١).

ولم يذكر صاحب «الهداية» رحمه الله فيه الخلاف ، فيستغني أن يكون هذا على قول
محمد رحمه الله ؛ لأن الفقيه أبا الليث رحمه الله [ذكر]^(٢) في كتاب «نكت الوصايا»: فيه
الخلاف ، إذا قال: لفقراء بني فلان ، فإنه يجوز ، وذلك لأنه قصد بالوصية التفريق
إلى الله تعالى.

فإن كانوا يَحْصُونَ يُدْفَعُ إلى جميع فقرائهم ؛ لأنه يصير بمنزلة التسمية لهم ،
وإن كانوا لَا يُحْصُونَ جاز أن يُدْفَعَ إلى بعضهم دون بعض ، ثم في قول أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما : جاز له أن يُدْفَعَ كله إلى فقير واحد ، وفي قول محمد رحمه الله
[٢/٥٤٠ ط] : لَا تَجُوزُ إِلَّا أَنْ يُدْفَعَ إلى اثنين فصاعداً.

أما مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما : فهو أن الكلام انصرف إلى الجنس ،
والجنس يتناول الواحد والأكثر ، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ
وَالْمَسْكِينِ ﴾ [النوبة ١٠] ، فلو دُفِعَ إلى مسكين واحد جاز ، ولو حَلَفَ رَجُلٌ وَقَالَ:
عَبْدُهُ حُرٌّ إِنْ تَرَوَّجَ النِّسَاءَ ، فتزوج امرأة واحدة ، عتق العبد ، فكذلك هاهنا انصرف
إلى الجنس ، والجنس يقع على الواحد والأكثر .

وأما مذهب محمد رحمه الله . فهو أن الوصية أخت الميراث ، وأقل الجماعة في
باب الميراث اثنان فصاعداً ، ألا ترى إلى قول الله تعالى: ﴿ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ
فَلَآئِمُهُ السُّدُسُ ﴾ [النساء ١١] . فوقع ذلك الاسم على الاثنين فصاعداً ، فكذلك هاهنا ،

(١) في الأصل «الوصية» . والمثبت من: «ن» ، و«نا» ، و«غ» ، و«ر» ، و«م» .

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من «ن» ، و«نا» ، و«غ» ، و«ر» ، و«م» .

ولو أوصى لسي فلان، بدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة أو قوله.
وهو قولهما؛ لأن جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع وقال يسأل الذكور
خاصة، لأن حقيقة الاسم للذكور وانقطاعه للإناث تحوّر والكلام لحقيقته،

ويذكر الخلاف في «مختلف الرواية»، و«شرح الكافي»^(١)، وغير ذلك.

قوله: (ولو أوصى لسي فلان، بدخل فيهم الإناث في قول أبي حنيفة
وهو قولهما؛ لأن جمع الذكور يتناول الإناث، ثم رجع وقال يسأل
للذكور خاصة).

قال الكرخي رحمه الله في «مختصره»: «قال بشر عن أبي يوسف رحمه الله في رجل
وصى بثله لثني فلان رجل من الناس يُعرف؛ فإن أبا حنيفة رحمه الله قال في ذلك:
هو بوليه جميعاً، الذكر والأنثى فيه سواء، ثم رجع عن ذلك، فقال: هو للذكور
بإناث، قال: ألا ترى أنك لا تقول للمرأة: هذه من بني فلان، إذا
نسبت إليها أبيها، فأما إذا نسبتهما إلى قبيلة؛ فأنت تقول: هي من بني فلان،
فبنيتهم»^(٢).

وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله في «شرح الكافي»: «إذا أوصى بثله لثني
فلان؛ فهذا لا يخلو؛ إما أن يكون الأب قبيلة مثل تميم وكنب، أو لا يكون قبيلة،
إنا خاصاً، فإن كان قبيلة دخل فيه الذكور والإناث؛ لأن المراد: النسبة،
بالمرأة تقول: أنا من بني فلان، كما تقول الرجل؛ لأنه لا حقيقة لهذه النسبة،
ولما ينسب إليها مجازاً، فيتناول جنس من ينسب إليها حقيقة كان، أو مجازاً.

ألا ترى أنه يدخل فيه الحليف والعديد، وهذا إذا كانوا يحرصون، فإن كانوا

(١) بظر: «المبسوط» للسرخسي [١٥٩/٢٧].

(٢) بظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٤٠٥/٤ / داماد].

لَا يُحْصُونَ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ فِي الْقَبِيلَةِ أَغْنِيَاءَ وَفُقَرَاءَ، وَالْوَصِيَّةُ لِلْأَغْنِيَاءِ مَسْمُومَةٌ،
وَالْوَصِيَّةُ لِلْمَجْهُولِ بَاطِلَةٌ^(١).

وهكذا ذَكَرَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله فِي «مُخْتَلَفِ الرُّوَايَةِ» حَيْثُ قَالَ: «إِذَا أَوْصَى
لِسَيِّ فُلَانٍ، فَإِنْ كَانَ فُلَانٌ أَبَ الْقَبِيلَةِ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ، وَتَدْخُلُ فِيهِ السُّنُونَ وَالسَّائِ
إِذَا كَانُوا يُحْصُونَ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا كَانُوا يُحْصُونَ فَهِيَ وَصِيَّةٌ لِمَعْلُومٍ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ.
وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصُونَ فَهِيَ وَصِيَّةٌ لِمَجْهُولٍ، فَلَمْ يَجْزْ». إِلَى هُنَا لَعَطُ الْفَقِيهِ [٢١٣]...
أَبِي اللَّيْثِ رحمته الله.

وَذَكَرَ فِي «التَّحْفَةِ» بِخِلَافِ هَذَا، حَيْثُ صَحَّحَ الْوَصِيَّةَ إِذَا كَانَ لَا يُحْصَى
عَدْدُهُمْ أَيْضًا قَالَ: «وَبِأَوْصَى لِسَيِّ فُلَانٍ، إِنْ كَانُوا لَا يُحْصَى عَدْدُهُمْ، كَبِيِّ نَعِيمٍ
وَبَنِي الْعَبَّاسِ؛ فَإِنَّهُ يُصَرَّفُ إِلَى جَمِيعِ الْقَبِيلَةِ، وَتَدْخُلُ فِيهِمُ الْحَلِيفُ، وَالْمَوْلَى
بِسَبَبِ الْوَلَاءِ وَالْعَتَاقَةِ؛ لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الصَّدَقَةِ، وَلَهُ أَنْ يُصَرَّفَ إِلَى وَاحِدٍ أَوْ أَكْثَرٍ
عِنْدَ أَبِي يُونُسَ رحمته الله؛ لِأَنَّهُ اسْمُ جَنْسٍ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمته الله: يُصَرَّفُ إِلَى الْأَثْنَيْنِ؛ لِأَنَّ
اسْمَ الْجَنْسِ فِي الْوَصِيَّةِ يَقَعُ عَلَى الْأَثْنَيْنِ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ اسْمَ
الْقَبِيلَةِ^(٢). كَذَا فِي «التَّحْفَةِ»^(٣).

فَأَمَّا إِذَا كَانَ فُلَانٌ أَبَ صُلْبٍ، قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله فِي كِتَابِ «كُتُبِ
الْوَصَايَا»: «فَإِنْ كَانُوا كُلُّهُمْ ذُكُورًا؛ دَخَلُوا فِيهِ، وَإِنْ كَانُوا كُلُّهُمْ إِنَاثًا؛ لَمْ يَدْخُلُوا
فِيهِ، وَإِنْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَاثًا اخْتَلَعُوا فِيهِ، فَفِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله - الَّذِي رَوَى
عَنْهُ أَبُو يُونُسَ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُونُسَ رحمته الله -: تَكُونُ الْوَصِيَّةُ لِلذَّكَورِ دُونَ الْإِنَاثِ.

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٥٨/٢٧].

(٢) في الأصل: «الموالي». والمثبت من: «د»، و«٢٢»، و«٤٤»، و«٤٤»، و«٤٤»، و«٤٤».

(٣) ينظر: «اتحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢١٣/٣].

في غاية البيان

وأما في قول محمد - وهو قول أبي حنيفة رحمهما الذي روى عنه يوسف بن خالد السعدي -: دَخَلَ فِيهِ الذُّكُورُ وَالْإِنَاثُ جَمِيعًا.

فأما مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما: أَنَّ الْبَيْنَيْنِ جَمَاعَةُ الْإِبْنِ، فَيَقَعُ هَذَا اللَّفْظُ عَلَى الذُّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ [م. ٣١٢/٨] أَنْ يُصَرَّفَ الْكَلَامُ إِلَى الْحَقِيقَةِ، فَيُسْتَفْنَى عَنِ الْمَجَازِ، وَحَقِيقَةُ هَذَا اللَّفْظِ لِلذُّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ، أَلَّا تَرَى أَنَّ الْأَوْلَادَ لَوْ كَانُوا كُلُّهُمْ إِنَاثًا؛ لَا شَيْءَ لَهُمْ، وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ أَنَّهُ جَعَلَ الْوَصِيَّةَ لِلْبَيْنَيْنِ لَا لِلْبَنَاتِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ فُلَانٌ جَدًّا لَا يَدْخُلُ فِيهِ إِلَّا الذُّكُورُ؛ لِأَنَّ السَّيِّبَةَ إِلَى الْجَدِّ [بِمَنْزِلَةِ الْحَقِيقَةِ؛ لِأَنَّ كَثِيرًا مِنَ النَّاسِ يُنْسَبُ إِلَى الْجَدِّ] ^(١).

أَلَّا تَرَى أَنَّ ابْنَ أَبِي لَيْلَى قَدْ يُنْسَبُ إِلَى جَدِّهِ، وَكَذَلِكَ أَبُو نَضْرٍ بِسَلَامٍ، وَهُوَ اسْمُ جَدِّهِ، فَلَمَّا ثَبَتَ أَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يُنْسَبُ إِلَى الْجَدِّ صَارَ حُكْمُ أَبِي الصَّلْبِ وَالْجَدِّ سَوَاءً.

وأما مذهب محمد رحمهما: أَنَّ الْبَنَاتِ إِذَا اخْتَلَطْنَ بِالْبَيْنَيْنِ غَلَبَ اسْمُ الذُّكُورِ عَلَى الْبَنَاتِ، أَلَّا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ: أَبَوَانِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أُمًّا، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا يُسَمَّوْنَ بَيْنَيْنَ وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ إِنَاثًا، أَلَّا تَرَى إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَوْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً﴾ [النساء: ١٧٦]. فَعَبَّرَ عَنِ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ اسْمَ الْإِخْوَةِ.

وَقَالَ فِي «التَّحْفَةِ»: «وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِفُلَانٍ وَلَدٌ الصَّلْبِ، فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ لِلذُّكُورِ مِنْ أَوْلَادِ الْبَيْنَيْنِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما، وَعِنْدَهُمَا: يَدْخُلُ الْكُلُّ، وَهَلْ يَدْخُلُ بَنُو الْبَنَاتِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمهما؟ رَوَى الْحَسَنُ: أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ.

(١) ما بين المقتولين زيادة من «ن» و«فا» و«ع» و«ر» و«م»

مخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة، أو فخذ، حيث يتناول الذكور والإناث. لأنه ليس يراد بها أغنيائهم، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهم يدخل فيه مولى العتاقة والمؤالاة وحلماؤهم.

﴿ غيبة السيد ﴾

ودكر في «السيرة الكبرى»: أنهم لا يدخلون^(١)، ولو كان له ابن واحد، وسو يسين، فللابن النصف، والباقي للورثة دون بني البنين، وعندهما: للابن النصف. والباقي لبني البنين. وإذا كان له ابنان وبنو ابن، فالكل للابنين؛ لأن الابن في الوصية بمنزلة الجمع.

ولو كان ابن واحد وبنات، فالنصف للابن، والباقي للورثة عند أبي حنيفة. وعندهما: النصف للابن والباقي للبنات، ولو كان له بنات وبنو ابن فلا شيء لهم، بل للورثة عنده.

[٥٥١/٢] وعندهما: للكل على السواء.

ولو أوصى لولد فلان فإنه يدخل فيه الذكور والإناث على السواء، ويدخل فيه الجوين الذي يولد لأقل من ستة أشهر، ولا يدخل ولد ما دام الصلي^(٢) حيًا، فإن كان بنات وبنو الابن فهي للبنات لا غير، ولو كان ولد واحد فالكل له، لأن اسم الولد يقع على الواحد^(٣). كذا في «التحفة».

قوله: (بخلاف ما إذا كان بنو فلان اسم قبيلة، أو فخذ، حيث يتناول الذكور والإناث، لأنه ليس يراد بها أغنيائهم، إذ هو مجرد الانتساب كبني آدم).

قال الكرخي رحمه الله في «مختصره»: «وإذا قال: لبني فلان، وبنو فلان أولاد

(١) «السيرة الكبرى» مع شرح الرغبي [٧٨٤/٢].

(٢) في الأصل: «الصلي»، والمشتق من «ن»، و«ع»، و«ر»، و«م». وهو الموقوف له ومع في «تحفة الفقهاء».

(٣) سطر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢١٤/٣].

وَإِذَا أَوْصَى لِوَلَدٍ فَلَانٍ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ يَنْتَظِمُ الْكُلَّ انْتِظَامًا وَاحِدًا.

شبهة البهتان

فَبَيْتُهُ لَا تُخَصِّي دَخَلَ مَوَالِيَهُمْ فِي الْوَصِيَّةِ؛ مَوَالِي الْمَوْلَاةِ الَّذِينَ أَسْلَمُوا عَلَى أَيْدِيهِمْ وَوَالُوهُمْ، وَمَوَالِي الْعَتَاةِ، وَخُلَفَاؤُهُمْ، وَأَعْدَادُهُمْ مَعَهُمْ، وَإِنْ [٢/٤٣١٢/٨] كَلَّ أَوْصَى لِنَبِيِّ فَلَانٍ، وَهُمْ بَنُو أَبِي، وَلَبَسُوا بِقَبِيلَةٍ، وَلَا فَعِيدٌ؛ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِنَبِيِّ فَلَانٍ مِنَ الْعَرَبِ خَاصَّةً، دُونَ الْمَوَالِي، وَدُونَ الْخُلَفَاءِ^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَالْخَلِيفُ: اسْمٌ لِمَنْ يَأْتِي قَبِيلَةً فَيَخْلِفُ لَهُمْ، وَيَخْلِفُونَ عَلَى التَّنَاصُرِ، وَيُقَالُ: فَلَانٌ عَدِيدُ بَنِي فَلَانٍ. أَيْ يُعَدُّ مِنْهُمْ.

وَالْفَخْدُ: مِنَ الْعَشَائِرِ أَقْلٌ مِنَ الْبَطْنِ.

وَبَيَانُهُ: فِيمَا قَالَ صَاحِبُ «الْكَشَافِ» رَحِمَهُ اللَّهُ: «الشَّعْبُ الطَّبَقَةُ الْأُولَى مِنَ الطُّفَافَاتِ الَّتِي عَلَيْهَا الْعَرَبُ، وَهِيَ الشَّعْبُ، وَالْقَبِيلَةُ، وَالْعِمَارَةُ، وَالْبَطْنُ، وَالْفَخْدُ، وَالْقَصِيلَةُ، فَالشَّعْبُ تَجْمَعُ الْقَبَائِلُ، وَالْقَبِيلَةُ تَجْمَعُ الْعِمَارَةَ، وَالْعِمَارَةُ تَجْمَعُ الْبَطُونَ، وَالْبَطْنُ تَجْمَعُ الْأَفْخَادَ، وَالْفَخْدُ تَجْمَعُ الْقَبَائِلَ، خُزَيْمَةُ شَعْبٌ، وَكِنَانَةُ قَبِيلَةٌ، وَقُرَيْشٌ عِمَارَةٌ، وَقُصَيٌّ بَطْنٌ، وَهَاشِمٌ فَخْدٌ، وَالْعَبَّاسُ قَصِيلَةٌ، وَسُمِّيَتِ الشُّعُوبُ؛ لِأَنَّ الْقَبَائِلَ تَشَعَّبَتْ مِنْهَا»^(٢).

قَوْلُهُ: (وَإِذَا أَوْصَى لِوَلَدٍ فَلَانٍ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ)، أَيْ: قَالَ الْقُدُورِيُّ فِي «مَخْتَصَرِهِ»^(٣).

وَذَلِكَ لِأَنَّ اسْمَ الْوَلَدِ يَتَنَاوَلُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى عَلَى الْإِنْفِرَادِ،

(١) بَطْنٌ: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٤/١٠٥/د].

(٢) بَطْنٌ: «الكَشَافُ» لِلزَّمْخَشَرِيِّ [٤/٣٧٧].

(٣) بَطْنٌ: «مختصر القدوري» [ص/٢٤٤].

مخاتبة البطار

وبه وَلَدٌ وَلَدٌ كَانَ لِلَّذِي لَصُلْبِهِ نَصْفٌ [٨/٣١٣/٨] الثُّلُثُ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَكَانَ مَا بَيْنَ وَلَدٍ وَلَدِهِ مَنْ سَقَلَ مِنْهُمْ، وَمَنْ قَرَّبَ بِالسُّوِيَةِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِيهِ سَوَاءٌ، وَهَذَا كُلُّهُ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ وَأَبِي يُونُسَ رضي الله عنهم ^(١). إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْخِيِّ رضي الله عنه فِي «مَخْتَصَرِهِ».

وَقَالَ الْقُدُورِيُّ رضي الله عنه فِي كِتَابِهِ الْمُسَمَّى بِ«التَّقْرِيبِ»: «رَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: فَيَمَنْ أَوْصَى لَوْلَدٍ فُلَانٍ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ الْوَلَدُ وَوَلَدُ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَوَّلُهُمْ، وَقَدْ فُهِمَ ذَلِكَ مِنْ ظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [١١/١١].»

ثُمَّ قَالَ الْقُدُورِيُّ رضي الله عنه: «وَالصَّحِيحُ أَلَّا يَدْخُلُوا مَعَ وَلَدِ الصُّلْبِ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ حَقِيقَةٌ فِيهِمْ» ^(٢)، مَجَازٌ فِي وَلَدِ الْوَلَدِ، وَمِنْ أَصْلِهِ: أَنَّ الْأَسْمَ لَا يُحْمَلُ عَلَى الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَازِ».

ثُمَّ قَالَ: «وَقَدْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رضي الله عنه فَيَمَنْ أَوْصَى لَوْلَدٍ فُلَانٍ وَلَهُ أَوْلَادُ بَنَاتٍ: أَنَّهُمْ لَا يَدْخُلُونَ فِي الْوَصِيَّةِ، وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْهُ دَخُولَهُمْ فِي الْوَصِيَّةِ مِثْلَ أَوْلَادِ التَّيْنِ».

ثُمَّ قَالَ: «وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنِ الْخَصَّافِ عَنْ مُحَمَّدٍ رضي الله عنه: أَنَّ بَنِي الْبَنَاتِ يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ الَّذِي لِبَنِي فُلَانٍ، ثُمَّ قَالَ: وَقَدْ ذَكَرَ فِي «السِّيَرِ الْكَبِيرِ»: أَنَّ بَنِي الْبَنَاتِ لَا يَدْخُلُونَ فِي الْأَمَانِ إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ وَوَلَدِهِ» ^(٣).

ثُمَّ قَالَ: «وَذَكَرَ الْخَصَّافُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: فَيَمَنْ أَوْصَى لَوْلَدٍ فُلَانٍ بِثُلْثِ

(١) بظن. «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [٤٠٥/٤ / داماد].

(٢) فِي الْأَصْلِ «وَهُمْ». وَالْمَعْنَى مِنْ: «لَنْ»، «وَلَا فُلَانٌ»، «وَلَا فُلَانٌ»، «وَلَا فُلَانٌ».

(٣) بظن: «السِّيَرُ الْكَبِيرُ» مع شرح السرخسي [٤٢٨/٢].

.....

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

مَالِهِ: أَنَّ الثَّلَاثَ لِلذَّكُورِ دُونَ الْإِنَاثِ، وَرَوَى بِشْرٌ عَنْ أَبِي يَوْسُفَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ
 بِمِثْلِ ذَلِكَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ.

ثُمَّ قَالَ الْقُدُورِيُّ: «وَذَكَرَ الْأَنْصَارِيُّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرَ رحمه الله: أَنَّ وَلَدَ الْبَنَاتِ
 يَدْخُلُونَ فِي الْوَقْفِ لِلأَوْلَادِ.

وَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى: أَنَّ أَوْلَادَ الْبَنَاتِ لَا يُنْسَبُونَ إِلَى الْجَدِّ، وَإِنَّمَا يُنْسَبُونَ إِلَى
 قَبِيلَةِ أَبِيهِمْ، وَقَوْلُهُمْ ^(١): «وَلَدُ فُلَانٍ يُقِيدُ مَنْ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِالْوِلَادَةِ، وَقَدْ سُئِلَ الشَّعْبِيُّ
رحمه الله عَنْ ذَلِكَ، فَأَجَابَ أَنَّهُ لَوْلَا الْبَيْنُ، وَأَنْشَدَ ^(٢):

بَنُونَا بَنُو أَبْنَانِنَا وَبَنَاتُنَا * بَنُوهُمْ أَبْنَاءُ الرَّجَسَالِ الْأَبَاعِدِ
 وَجْهُ رَوَايَةِ الْحَسَنِ: أَنَّ وَلَدَ الْبَنَاتِ يُنْسَبُونَ إِلَى جَدِّهِمْ. وَلِهَذَا يُقَالُ فِي الْحَسَنِ
 وَالْحُسَيْنِ عليهما السلام: أَنَّهُمَا أَبْنَاءُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَأَوْلَادُهُ.

وَهَذَا حِكَايَةُ بِحَيٍّ بْنِ يَعْمَرَ ذَكَرَهَا شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي «شرح السير
 الكبير»، وَهِيَ: «أَنَّ الْحَجَّاجَ أَمَرَ بِهِ ذَاتَ يَوْمٍ، فَأُدْخِلَ عَلَيْهِ وَهُمْ يَقْتُلُهُ، فَقَالَ لَهُ:
 لَتَقْرَأَنَّ عَلَيَّ آيَةً مِنْ كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى نَصًّا عَلَى أَنَّ الْعَلَوِيَّةَ مِنْ ذُرِّيَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، أَوْ
 لَأَقْتُلَنَّكَ، فَتَلَا عَلَيْهِ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿فَقُلْ تَعَالَوْا نَدْعُ آبَاءَنَا وَأَبَاءَكُمْ﴾ [إبراهيم ٦١]،
 وَقَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَوُحَا هَدَيْتَنَا مِنْ قَبْلُ وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ وَيُوبَ

(١) فِي الْأَصْلِ: «وَقَوْلُهُ». وَالْمُسْتَمْسِكُ. «وَالْمُسْتَمْسِكُ»، «وَالْمُسْتَمْسِكُ»، «وَالْمُسْتَمْسِكُ»، «وَالْمُسْتَمْسِكُ».

(٢) هَذَا النَّيْتُ لَا يُنْزَفُ قَائِمُهُ مَعَ شَهْرَتِهِ فِي كُتُبِ النُّحَاةِ وَغَيْرِهِمْ. قَالَ عَبْدُ الْقَادِرِ الْمَعْدَاوِيِّ «وَرَأَيْتُ
 فِي «شرح الكرماني» فِي «شرح شَوَاهِدِ الْكَافَةِ لِلْحَبِيبِيِّ» أَنَّهُ قَالَ: «هَذَا النَّيْتُ قَائِلُهُ أَبُو يَرَّاسَ هَمَّامُ
 الْقُرَّادِيُّ بْنُ غَالِبٍ»، ثُمَّ تَرَجَّمَهُ، وَافَقَ أَعْلَمُ بِحَقِيقَةِ الْخَالِ. يَنْظُرُ: «خَزَانَةُ الْأَدَبِ» لِعَبْدِ الْقَادِرِ
 الْمَعْدَاوِيِّ [٤٤٥/١].

وَمُرَادُ الْمُؤَلِّفِ مِنَ الشَّاهِدِ، الِاسْتِدْلَالُ بِهِ عَلَى دُخُولِ آبَاءِ الْبَنَاتِ فِي الْمِيرَاثِ.

وَمَنْ أَوْصَى لَوْرَثَةٍ فَلَانٍ ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا نَصَّ عَلَى لَفْظِ الْوَرَثَةِ أَذِنَ ذَلِكَ بِأَنْ قَصَدَهُ التَّفْضِيلُ كَمَا فِي الْمِيرَاثِ .

عَنْ أَبِي بَكْرٍ

يُوسُفَ وَمُوسَى وَهَارُونَ وَكَذَلِكَ تَجْزِي الْمُتَحَرِّضُونَ (١) وَرَكَرَبًا وَيَحْيَى وَعِيسَى وَإِلْيَاسَ كُلٌّ مِنْ [٢/٣١٣/٨] الصَّالِحِينَ [الاعلام ٨١ - ٨٥] ، ثُمَّ قَالَ : فَعِيسَى مِنْ ذُرِّيَّةِ نُوحٍ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ، أَوْ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ ؟ فَبُهِتَ الْحَجَّاجُ وَرَدَّهُ بِجَمِيلٍ ، وَقَالَ : كَأَنِّي سَمِعْتُ هَذِهِ الْآيَةَ الْآنَ (٢) .

وَذَكَرَ الْوَاحِدِيُّ (٣) فِي «أَسْبَابِ النُّزُولِ» : «عَنِ الشَّعْبِيِّ (٤) قَالَ : أَسَاءَنَا : الْحَسَنُ وَالْحُسَيْنُ ، وَنِسَاءَنَا : فَاطِمَةُ ، وَأَنْفُسَنَا : عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ (٥)» .

جَوَابُهُ : أَنَّ ذَلِكَ نَوْعٌ مِنَ الْمَجَارِ ، وَلَا مَانِعَ مِنْهُ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ : «مَا كَانَ مُحَقَّدًا لَهَا أَحَدٌ مِنْ رِجَالِكُمْ» [الأحراب : ٤٠] . وَمَنْ كَانَ وَلَدَكَ حَقِيقَةً كُنْتَ أَبَا لَهُ حَقِيقَةً .

قَوْلُهُ : (وَمَنْ أَوْصَى لَوْرَثَةٍ فَلَانٍ ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَيْنَهُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى) . وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ (٦) فِي «مَخْتَصَرِهِ» (٣) ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمَّا وَصَّفَهُمْ بِوَرَثَةِ فَلَانٍ ؛ دَلَّ ذَلِكَ عَلَى تَفْضِيلِ الْبَعْضِ عَلَى الْبَعْضِ كَمَا فِي الْمِيرَاثِ ، فَلَمَّا دَلَّ عَلَى التَّفْضِيلِ كَمَا فِي الْمِيرَاثِ ؛ كَانَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَى .

وَمَنْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ وَلَهُ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ وَمَوَالٍ أَعْتَقُوهُ ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ» ، ذَكَرَهَا تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ الْقُدُورِيِّ .

قَالَ مُحَمَّدٌ (٧) فِي «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ» : «وَإِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ بِثُلُثِ مَالِهِ لِمَوَالِيهِ ، وَلَهُ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ وَمَوَالٍ أَعْتَقُوهُ ؛ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ حَتَّى يَنْبَيِّنَ لِأَيِّ الْعَرِيقَيْنِ أَوْصَى ،

(١) ينظر : «البر الكبير / مع شرح المرحسي» [٣٢٨/١] .

(٢) ينظر : «أسباب النزول» للواحدي [ص/٩٩] .

(٣) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/٢٤٤] .

وَمَنْ أَوْصَى لِمَوَالِيهِ وَلَهُ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ وَمَوَالٍ أَعْتَقَهُ فَأَلَوْصِيَّةٌ بَاطِلَةٌ.

«مادة البيان»

ولو مات قبل البيان لَا تُنْفَذُ وصيته^(١).

وقال الشيخ أبو المعين النسفي رحمته في «شرح الجامع»: «هكذا ذكر في الكتاب». وأضاف القول إلى أبي يوسف ومحمد رحمتهما.

ثم قال الشيخ أبو المعين: «وحكى الشيخ الإمام أبو نصر الصفار^(٢) عن القاضي أبي الهيثم النيسابوري^(٣) رحمته قال: كان أبو سهل الزجاجي^(٤) يقول: روي عن أبي حنيفة رحمته: أن الوصية جائزة، وثلث ماله بين الفريقين الأعلى منهم والأسفل».

ثم قال أبو المعين: «وروي عن أبي يوسف رحمته في «الأمالي» روايتان: قال في رواية: إن الوصية جائزة للموالي الذين اعتقوه، ويكون الثلث لهم، وفي رواية قال: يجوز وتكون للموالي الذين اعتقهم الموصي».

وروي هشام عن محمد رحمته أنه قال: الوصية باطلة، إلا أن يصطلحاً على أن الثلث بينهما، فإذا اصطُلِحَ على ذلك جازت الوصية، وكان الثلث بين الفريقين. كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي رحمته.

وقال أبو الحسن الكرخي رحمته في «مختصره»: «وإذا أوصى رجل لمواليه، وله موالٍ اعتقهم، وموالٍ اعتقوه، ولم يبيّن أيّ الفريقين أراد؛ فالوصية باطلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم»^(٥).

(١) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٢٨٨]

(٢) أبو نصر الصفار: هو أحمد بن محمد بن أحمد بن شجاع البحاري. وقد تقدّمت ترجمته.

(٣) أبو الهيثم النيسابوري: هو عتبة بن حشمة بن محمد بن حاتم النيسابوري الإمام القاضي أبو هيثم المشهور بكنيته. وقد تقدّمت ترجمته.

(٤) أبو سهل الزجاجي: هو صاحب «كتاب الرياض». وتلميذ أبي الحسن الكرخي. وقد تقدّمت ترجمته.

(٥) ينظر «شرح مختصر الكرخي» للفدوري [ق/٤٠٦/٤ / داماد].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ: إِنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُمْ جَمِيعًا، وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ
آخَرَ أَنَّهُ يُوقَفُ حَتَّى يُصَالِحُوا.

وَقَالَ فِي «التَّقْرِيبِ»: «وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ الْأَنْصَارِيُّ عَنْ أَبِي حَسَنَةَ وَزُهْرَةَ عليهما السلام».
وَقَالَ فِي «شرح الأقطع»: «وَقَالَ الشَّافِعِيُّ عليه السلام فِي بَعْضِ كُتُبِهِ: الْوَصِيَّةُ لَهُمْ
جَمِيعًا، وَذَكَرَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: أَنَّهُ يُوقَفُ حَتَّى يُصَالِحُوا» ^(١).

وَجْهٌ رَوَايَةُ أَبِي سَهْلٍ عليه السلام: أَنَّ الْأَسْمَ يَتَنَاوَلُ الْفَرِيقَيْنِ [٥١٣/٣] جَمِيعًا الْأَعْلَى
وَالْأَسْفَلَ، وَيَجُوزُ [٢/٣١١/٨] أَنْ يَكُونَ غَرَضُهُ رِيَادَةُ النِّعْمَةِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى الْأَسْفَلَ،
وَشُكْرُ النِّعْمَةِ فِي حَقِّ الْمَوْلَى الْأَعْلَى، وَلَا مَنَافَاةَ، فَيَتَنَاوَلُهُمَا كَمَا إِذَا أَوْصَى
لِإِخْوَتِهِ، وَهَمْ مُتَفَرِّقُونَ لِأَبٍ وَأُمٍّ، وَلِأَبٍ وَلِأُمٍّ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُمْ جَمِيعًا، وَلَا يَكُونُ
الْبَعْضُ أَوْلَى مِنَ الْبَعْضِ؛ لَتَنَاوُلِ الْأَسْمَ إِيَّاهُمْ عَلَى السَّوَاءِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا لَتَنَاوُلِ
الْأَسْمَ عَلَى السَّوَاءِ.

وَجْهٌ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ: أَنَّ الْمَوْلَى يُذَكَّرُ وَيُرَادُ بِهِ الْمُتَنِعِمُ، وَهُوَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، وَيُرَادُ
بِهِ الْمُتَنِعَمُ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْمُعْتَقُ، وَاللَّفْظُ الْوَاحِدُ إِذَا تَنَاوَلَ أَفْرَادًا مُخْتَلِفَةً الْحُدُودِ؛ كَانَ
مُشْتَرَكًا، كَاسْمِ الْقُرَى، وَلَا عُمُومَ لِلْمُشْتَرَكِ فِي مَوْضِعِ الْإِثْبَاتِ، وَلَا تَرْجِيحَ الْبَعْضِ
عَلَى الْبَعْضِ، فَبَقِيَ مَجْهُولُ الْمُرَادِ لَا يُدْرَى أَنْ الْمُرَادُ أُيُّهُمَا.

وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْإِخْوَةُ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَقَعُ عَلَى مَعْنَى وَاحِدًا، وَهُوَ الْإِنْتِسَابُ إِلَى
أَحَدِ الْأَبَوَيْنِ، فَأَمَّا كَيْفَ حَمَلَ اللَّفْظُ عَلَى الْجَمِيعِ، وَكَذَلِكَ الْقَرَابَةُ؛ لِأَنَّهُ اسْمٌ لِلْقُرْبِ،
وَذَلِكَ يَنْعَمُ، وَلَا يَنْزِمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ إِذَا كَانَ لَهُ مُعْتَقٌ، وَمَوَالِي مَوَالِيهِ؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ
الْأَسْمِ يَخْتَصُّ بِالْعَتَاقَةِ، وَمَوَالِي الْمَوَالِيَةِ يَتَنَاوَلُهُ الْأَسْمُ بِالتَّقْيِيدِ، فَيُقَالُ: مَوْلَى
مَوَالِيَةٍ، فَوَجَبَ حَمْلُ اللَّفْظِ عَلَى إِطْلَاقِهِ.

لَهُ أَنْ الْإِسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمْ يُسَمَّى مَوْلَى فَصَارَ كَالْإِخْوَةِ. وَلَنَا أَنْ
الْجِهَةَ مُخْتَلِفَةٌ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا يُسَمَّى مَوْلَى النِّعْمَةِ وَالْآخَرُ مُنْعَمٌ عَلَيْهِ فَصَارَ مُشْتَرَكًا

﴿ملحة البيان﴾

وَلَا يُقَالُ: إِنَّ اسْمَ الْمَوْلَى يَتَنَاوَلُ الْمُعْتَقَ، وَالنَّاصِرَ، وَابْنَ الْعَمِّ، وَمَعَ هَذَا لَوْ
أَوْصَى لِمَوَالِيهِ وَلَهُ بَنُو عَمٍّ؛ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لِلْمُعْتَقِينَ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَوْلَى إِذَا أُضِيفَ
إِلَى الْإِنْسَانِ انْتَضَى الرِّوَاةُ دُونَ النُّصْرَةِ وَالْعُمُومَةِ، وَمِنْ حُكْمِ اللَّفْظِ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى
إِطْلَاقِهِ، وَلَا يُلْزَمُ عَلَى هَذَا إِذَا حَلَفَ لَا يُكَلِّمُ مَوَالِي فَلَانِ أَنَّهُ يُحْمَلُ عَلَى الْأَعْلَى
وَالْأَسْفَلِ؛ لِأَنَّهُ تَقْيٌ، وَلِلْمُشْتَرَكِ^(١) عَمُومٌ فِي مَوْضِعِ التَّقْيِ

وَجْهٌ مَا رَوَى عَنْ أَبِي يَوْسَفَ رحمته «أَنَّ الْوَصِيَّةَ جَائِزَةٌ، وَالثُّلُثُ لِلْمَوْلَى الْأَعْلَى»:
أَنَّ التَّعَارُضَ قَدْ تَحَقَّقَ، وَنَرَجَّحَتْ جَنْبَةُ الْمُعْتَقِ الْمُنْعِمِ عَلَى الْمُعْتَقِ الْمُنْعَمِ عَلَيْهِ؛
لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَهُ شُكْرُ النِّعْمَةِ، وَهُوَ وَاجِبٌ، وَالْوَصِيَّةُ لِلْمُعْتَقِ الْمُنْعَمِ عَلَيْهِ رِيَاةٌ إِنْعَامٍ،
وَتَرْبِيَةٌ صَنِيعَةٍ، وَهَذَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ، بَلْ هُوَ مِنْ مَكَارِمِ الْأَخْلَاقِ، وَهُوَ مَدْنُوبٌ إِلَيْهِ.
وَلَا خَفَةَ فِي عُلُوِّ رُتْبَةِ الْوَاجِبِ عَلَى الْمَدْنُوبِ [إِلَيْهِ]^(٢)، وَكَذَا لَا يُظَنُّ بِالْعَاقِلِ
الِاسْتِغْنَاءُ بِالْمَدْنُوبِ إِلَيْهِ، وَالْإِعْرَاضُ عَنِ الْوَاجِبِ لِاسْتِحْقَاقِهِ اللَّائِمَةَ وَالْعَيْبَ^(٣)
عَلَى تَرْكِ الْوَاجِبِ دُونَ تَرْكِ الْمَدْنُوبِ إِلَيْهِ، فَانْصَرَفَ مُطْلَقُ كَلَامِهِ إِلَى هَذَا.

وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الَّتِي قَالَ فِيهَا: «إِنَّ الْوَصِيَّةَ تَصَحُّحٌ، وَيُصَرَّفُ الثُّلُثُ إِلَى الْمَوَالِي
الْأَسْفَلِينَ»: أَنَّ الْمُتَعَارَفَ بَيْنَ النَّاسِ أَنَّهُمْ يَهْتَمُّونَ بِمُعْتَقِهِمْ، وَيَقُومُونَ بِمَصَالِحِهِ،
وَيَسْعَوْنَ فِيمَا فِيهِ يَظَامُ أُمُورِهِ، وَصِلَاحُ [م/٥٣١٤/٨] أَسْبَابُ مَعِيشَتِهِ لَا يُوجَدُ [شَيْءٌ
مِنْ]^(٤) ذَلِكَ فِي حَقِّ مَنْ أَعْتَقَهُمْ؛ لَكُونِ الْمَوْلَى الْأَعْلَى مُوسِرًا، وَكَوْنِ الْأَسْفَلِ

(١) فِي الْأَصْلِ: «يَتَقَيُّ لِلْمُشْتَرَكِ»، وَالْمُثْبِتُ مِنْ: «لَنْ»، وَ«فَا»، وَ«فَغَ»، وَ«وَارَ»، وَ«وَامَ».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ: رِيَاةٌ مِنْ: «لَنْ»، وَ«فَا»، وَ«فَغَ»، وَ«وَارَ»، وَ«وَامَ».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «وَالْعَيْبَ»، وَالْمُثْبِتُ مِنْ: «لَنْ»، وَ«فَا»، وَ«فَغَ»، وَ«وَارَ»، وَ«وَامَ».

(٤) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ: رِيَاةٌ مِنْ: «لَنْ»، وَ«فَا»، وَ«فَغَ»، وَ«وَارَ»، وَ«وَامَ».

لَا يَنْظِمُهُمَا لَفْظٌ وَاحِدٌ فِي مَوْضِعِ الْإِثْبَاتِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا خَلَفَ لَا يُكَلِّمُ
مَوَالِي فَلَانِ حَيْثُ يَتَنَاولُ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ لِأَنَّهُ مَقَامُ النَّفْيِ وَلَا تَنَافِي فِيهِ ،

﴿عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَسْعُودٍ﴾

قَبِيرًا مُعْسِرًا فِي الْأَعْمِ الْأَغْلَبِ ، فَيَنْصَرِفُ مُطْلَقُ الْأَمْرِ إِلَى مَا هُوَ الْمُتَعَارَفُ ؛ إِذِ
الظَّاهِرُ هُوَ خُصُوصًا حَالَةُ الْمَوْتِ ، فَإِنَّ النَّاسَ يَسْتَعْمِلُونَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ ؛
لِيَكُونَ ذَخِيرَةً لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ ، وَيَتَنَادَرُونَ إِلَى مَا فِيهِ فِكَائُ رَقَبَتِهِمْ ، وَذَلِكَ فِي
الْإِسْدَاءِ إِلَى الْفَقِيرِ الَّذِي خَلَصَ عَنْ ذُلِّ الْعُبُودِيَّةِ ، وَلَا مَالٌ لَهُ يَتَعَيَّشُ بِهِ ، وَلَا عُدَّةٌ
إِلَّا فِي الْأَصْطِنَاعِ بِمَكَانٍ مَنْ لَهُ مِنَ الْأَمْوَالِ الْفَاضِلَةِ عَنِ الْحَاحَةِ [٥٤٣/٣] مَا صَرَفَ
إِلَى إِعْتِقَاقِ عَبْدِهِ ، فَكَانَ الرَّاجِحُ الظَّاهِرُ هَذَا وَالْعَمَلُ بِهِ وَاجِبٌ ، وَالْمَصِيرُ إِلَى إِبْثَاتِ
النَّعَارِضِ وَالْإِغَاءِ التَّصَرُّفِ مَعَ إِمْكَانِ التَّرْجِيحِ لَيْسَ بِسَدِيدٍ .

وَجَوَابُ هَذَيْنِ الْكَلَامَيْنِ : أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَمْرَيْنِ مَقْصُودٌ ، وَلَا وَقُوفَ لِأَحَدٍ
مِنَ الْعِبَادِ عَلَى مَا فِي قَلْبٍ غَيْرِهِ مِنَ الْمَقْصُودِ وَالْمَرَادِ ، فَكَانَ الْإِحْتِيَاطُ فِي التَّوَقُّفِ
عَمْدَ التَّرَدُّدِ لَا الْقَطْعَ عَلَى مَا لَا يَتَيَقَّنُ تَحَقُّقَهُ ، وَالْقَوْلُ بِحُدُوثِ الْمِلْكِ مَعَ الشَّكِّ
وَالْتَّرَدُّدِ فِي ثُبُوتِ السَّبَبِ مُخَالِفٌ لِلْأَصُولِ .

وَوَجْهُ رَوَايَةِ هِشَامٍ رضي الله عنه : أَنَّ بُطْلَانَ الرِّصِيَّةِ قَبْلَ الْأَصْطِلَاحِ لِمَكَانِ الْجَهَالَةِ ،
إِذَا لَا يُدْرَى مِنَ الْمُسْتَحِقِّ لِلثَّلَاثِ ، فَقَدْ زَالَتِ الْجَهَالَةُ بِالْأَصْطِلَاحِ ؛ لِأَنَّ بَعْضَهُ يَصِلُ
إِلَى الْمُسْتَحِقِّ ، وَبَعْضُهُ إِلَى غَيْرِ الْمُسْتَحِقِّ بِرِضَا الْمُسْتَحِقِّ ، فَتَصَحُّ الرِّصِيَّةُ ، كَمَا لَوْ
أَقْرَأَ فَقَالَ : لِأَحَدٍ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ عَلَى أَلْفِ دَرَاهِمٍ ، كَانَ الْإِقْرَارُ فَاسِدًا لِلْجَهَالَةِ .

ثُمَّ إِذَا أَصْطَلَحَا انْقَلَبَ الْإِقْرَارُ جَائِزًا لِرِوَالِهَا ^(١) ، فَكَذَا جَوَابُهُ : أَنَّ الْإِبْصَاءَ ابْتِدَاءً
تَمْلِكُ ؛ فَلَا يَصِحُّ التَّمْلِكُ مِنَ الْمَجْهُولِ ، بَلْ يَلْعُو ، فَلَا يَصِيرُ مِلْكًا لِأَحَدٍ الْفَرِيقَيْنِ ،
فَيَنْفِي الْمَالُ عَلَى مِلْكِ الْمُوصِي ، وَانْتَقَلَ مَمُونُهُ إِلَى وَرَثَتِهِ ، فَلَا يَكُونُ لِلْمَوَالِي عَلَيْهِ

(١) فِي الْأَصْلِ : «لِرِوَالِهِمَا» . وَالْمَثَبُ مِنْ : «ن» وَ«ت» وَ«ع» وَ«ر» وَ«م» .

وَيَدْخُلُ فِيهِ عَبْدٌ قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ: إِنْ لَمْ أَضْرِبْكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، لَأَنْ الْعَتَقُ ثَبَتَ قَبْلَ الْمَوْتِ عِنْدَ تَحَقُّقِ عَمَلِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ، وَأَوْلَادُ الْمَوَالِي، وَمَوَالِي الْمَوَالِي يَدْخُلُ فِيهَا مُعْتَقُوهُ وَأَوْلَادُهُمْ، دُونَ مَوَالِي الْمَوَالِي.

﴿عبد السيد﴾

قَوْلُهُ: (وَيَدْخُلُ فِيهِ عَبْدٌ قَالَ لَهُ مَوْلَاهُ: إِنْ لَمْ أَضْرِبْكَ فَأَنْتَ حُرٌّ). فَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يَضْرِبَهُ، أَيْ: يَدْخُلُ فِي الْإِصْبَاءِ لِمَوَالِيهِ.

قَالَ فِي «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ»: «وَلَوْ كَانَ قَالَ لِعَبْدٍ لَهُ: إِنْ لَمْ أَضْرِبْكَ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يَضْرِبَهُ، عَتَقَ قَبْلَ مَوْتِهِ، وَدَخَلَ فِي الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ مَوَالِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَبْتَدِئُ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ أَجْرَاءِ الْحَيَاةِ؛ لِتَحَقُّقِ عَدَمِ الضَّرْبِ مِنْهُ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ، وَتَرْغِ الْيَأْسِ مِنْ حَصُولِهِ، فَيَصِيرُ مَوْلَى، ثُمَّ يَتَعَقَّبُهُ الْمَوْتُ، ثُمَّ تَنْفُذُ الْوَصِيَّةُ، ثُمَّ يَكُونُ مَوْلَى لَهُ وَقَدْ تَفُوزُ الْوَصِيَّةُ وَوُجُوبُهَا»^(١).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ، وَأَوْلَادُ الْمَوَالِي، وَمَوَالِي الْمَوَالِي يَدْخُلُ فِيهَا مُعْتَقُوهُ وَأَوْلَادُهُمْ، دُونَ مَوَالِي الْمَوَالِي). وَهَذِهِ [٥١١/٣] مَسْأَلَةُ «الْجَامِعِ»^(٢) أَيْضًا.

قَالَ الْكَرْخِيُّ رحمته الله فِي «مَخْتَصَرِهِ»: «قَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته الله: وَلَوْ كَانَ الْمُوصِي مِنْ الْعَرَبِ، وَلَهُ مَوَالِي عَتَاةٌ، وَمَوَالٍ أَسْلَمُوا عَلَى يَدَيْهِ وَوَالُوهُ، فَهُمْ فِي الْوَصِيَّةِ شُرَكَاءُ، وَذَلِكَ لِتَنَاوُلِ الْأَسْمِ إِيَّاهُمْ عَلَى السَّوَاءِ.

ثُمَّ إِنَّمَا جَازَتْ هَذِهِ الْوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي لَهُ مَعْلُومٌ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْمَوَالِي الْأَسْفَلُونَ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَإِنَّمَا دَخَلَتْ أَوْلَادُ الْمَوَالِي فِي الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُمْ مَوَالِيهِ أَيْضًا بِطَرِيقِ الْحَقِيقَةِ؛ لِأَنَّ وِلَاةَ آبَائِهِمْ ثَبَتَتْ بِإِعْتِاقِ الْمُوصِي إِيَّاهُمْ، فَكَانُوا مَوَالِيَهُ حَقِيقَةً، وَوِلَاةُ أَوْلَادِ الْمَوَالِي ثَبَتَتْ أَيْضًا بَعْضُ ذَلِكَ الْإِعْتِاقِ،

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/٢٨٩].

(٢) ينظر: المصدر السابق [ص/٢٨٨].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ أَيْضًا وَالْكُلَّ شُرَكَاءَ لِأَنَّ الْإِسْمَ يَتَنَاوَلُهُمْ عَلَى السَّوَاءِ. وَمُحَمَّدٌ يَقُولُ: الْجِهَةُ مُخْتَلِفَةٌ، فِي الْمُعْتَقِ الْإِنْعَامِ، وَفِي الْمَوَالِي عَقْدُ الْإِلْتِزَامِ وَالْإِعْتِاقُ لَازِمٌ، فَكَانَ الْإِسْمُ لَهُ أَحَقَّ.....

غاية البيان

لَا يَسْبِبُ آخَرَ، فَكَانُوا مَوْلَاهُ أَيْضًا حَقِيقَةً، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ نَقْيُ وَلَا إِوْلَادِ الْمَوَالِي عَنْهُ.

وَلَا يَصِحُّ أَنْ يُقَالَ: لَيْسَ هَؤُلَاءِ بِمَوَالِي لَهُمْ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يُنْقَى وَلَا يُعْتَقَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِبَنِي فَلَانٍ، أَوْ لِأَوْلَادِهِ، وَلِفُلَانٍ بَنُونَ، وَأَوْلَادُ صُلْبٍ؛ تَكُونُ الْوَصِيَّةُ لَهُمْ دُونَ أَوْلَادِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَادُهُ بِطَرِيقِ اسْمِجَارٍ، وَلِهَذَا يَصِحُّ النَقْيُ بِأَنْ يُقَالَ: لَيْسَ هَؤُلَاءِ وَلَدَهُ، وَإِنَّمَا هَؤُلَاءِ وَلَدُ وَلَدِهِ^(١).

وَقَالَ الْعَتَابِيُّ فِي «شرح الجامع الكبير»^(٢): «وَلَوْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ، وَمَوَالِي الْمُوَالَاةِ؛ فَالْقِيَاسُ مَوَاسْتَوَاءٌ؛ لِأَنَّهُ بَاشَرَ سَبَبَ وَلَائِ الْكُلِّ، وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: مَوَالِي (١/٣١٥/٨) الْعَتَاقَةُ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ أَقْوَى».

ثُمَّ قَالَ: وَحُكِيَ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ الْكَرْخِيِّ^(٣): «نُ الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ الْإِسْمَ يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَرِيئٍ بِطَرِيقِ الْحَقِيقَةِ، فَلَا يَصِحُّ لِمَكَانِ الْجِهَالَةِ».

قَوْلُهُ: (وَالْإِعْتِاقُ لَازِمٌ، فَكَانَ الْإِسْمُ لَهُ أَحَقَّ).

هَذَا جَوَابُ إِشْكَالٍ مُقَدَّرٍ بِأَنْ يُقَالَ: لَمَّا كَانَ الْجِهَةُ مُخْتَلِفَةً فِي الْمُعْتَقِينَ، وَمَوَالِي الْمُوَالَاةِ فِي أَحَدِهِمَا الْإِنْعَامُ، وَفِي الْآخَرِ عَقْدُ الْإِلْتِزَامِ؛ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ تَبْطُلَ الْوَصِيَّةُ، فَأُجَابَ عَنْهُ بِذَلِكَ.

يَعْنِي: إِنَّمَا تَنْطُلُ الْوَصِيَّةُ إِذَا لَمْ يُوَحَّدِ التَّرْجِيحُ [لِأَحَدِي الْجِهَتَيْنِ]^(٤)، وَقَدْ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» بقُدوري [ق/٤٠٦/دأما].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«فا»، و«غ»، و«ار»، و«م».

ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة، بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه بإعتاق ووجد منه، وبخلاف ما إذا لم يكن له موالي، ولا أولاد الموالي؛ لأن اللفظ لهم مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة.

ولو كان له معتق واحد، وموالي لموالي؛ فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز،

نهاية البيان

وجد؛ لأن الإعتاق لازم لا يتخيل الفسخ، وولاء المولاة يتخيل الفسخ، فكان اسم المولى للمعتق أحق من موالي المولاة.

قوله: (ولا يدخل فيهم موالي الموالي)، أي لا يدخل موالي الموالي في الوصية للموالي؛ لأن موالى المولى ليسوا بموالى الموصي حقيقة؛ لأن مولاة حقيقة هو الذي بشر عتقه، وإنما أضيفوا إليه بطريق التسيب مجازاً؛ لأنه بشر سب ما هو سبب ولائهم، وهو إعتاقه للموالى الأولين، وهذا يصح نفي الاسم عنهم بأن يقال: هؤلاء ليسوا بموالى، وإنما هم موالى موالى، واللفظ إذا عمل بحقيقته لا ينصرف إلى المجاز.

قوله: (وبخلاف ما إذا لم يكن له موالى، ولا أولاد الموالى)، يعني: إذا لم يكن لموصي موالى اعتقهم، ولا أولادهم؛ تكون الوصية لموالى المولى، وذلك لأنه لما تعذر العمل بحقيقة اللفظ، عمل بمجازه صيانة عن الإلغاء، كما إذا وصى لسي فلان، لا ينصرف إلى بني بنيه حال وجود بنيه، وينصرف إليهم حال عدمهم هكذا هاهنا.

قوله: (ولو كان له معتق واحد، وموالي الموالى؛ فالنصف للمعتق والباقي للورثة).

وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي أَعْتَقَهُمُ آبَاؤُهُمْ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِمَوَالِيهِ لَا حَقِيقَةً وَلَا مَجَارًا،
وَلِنَّمَا يُخْرِزُ مِيرَاثُهُم بِالْعَصُوبَةِ،

﴿ هَايَةَ الْبَيَان ﴾

قَالَ الْعِتَّاسِيُّ رحمه الله فِي «شرح الجامع»: «فَإِنْ كَانَ مِنْ مَوَالِيهِ، أَوْ مِنْ أَوْلَادِهِمْ
اِثْنَانِ؛ اسْتَحَقَّ جَمِيعَ الثُّلُثِ؛ [لَأَنَّ الْاِثْنَيْنِ جَمْعٌ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ، كَمَا فِي
الْمِيرَاثِ، وَإِنْ كَانَ وَاحِدًا فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ] ^(١) لِأَنَّهُ نِصْفُ أَدْنَى الْجَمْعِ، وَالنِّصْفُ
الْآخَرُ يُصْرَفُ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي، لَا إِلَى مَوَالِي الْمَوَالِي ^(٢)؛ لِتَعْذِيرِ الْجَمْعِ بَيْنَ
الْحَقِيقَةِ وَالْمَجَارِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنَ الْمَوَالِي، وَلَا مِنْ أَوْلَادِهِمْ؛ فَحِينَئِذٍ يُصْرَفُ
إِلَى مَوَالِي الْمَوَالِي».

قَوْلُهُ: (وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي قَدْ أَعْتَقَهُمُ آبَاؤُهُ).

قَالَ فِي «الجامع الكبير»: «وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِمَوَالِيهِ، وَلَيْسَ لَهُ
مَوَالِي أَعْتَقَهُمُ، وَلَا مَوَالِي مَوَالِيهِ، وَإِنَّمَا لَهُ مَوْلَى أَبِيهِ، أَوْ مَوْلَى ابْنِهِ؛ لَا يَكُونُ لَهُ
مِنَ الْوَصِيَّةِ شَيْءٌ، وَذَلِكَ لِأَنَّ مَوَالِي الْأَبِ، أَوِ الْإِبْنِ لَا يُنْسَبُونَ إِلَيْهِ [٢/٣١٦/٨]، لَا
بِطَرِيقِ الْحَقِيقَةِ، وَلَا بِطَرِيقِ الْمَجَارِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُبَاشِرْ وَلَا هُمُ، وَلَا سَبَبَ لَذَلِكَ، لِأَنَّهُ
لَمْ يُعْتَقْ مَنْ أَعْتَقَهُمُ، فَلَمْ يَكُونُوا مَوَالِي لَهُ لَا حَقِيقَةً، وَلَا مَجَارًا، فَلَمْ يَدْخُلُوا تَحْتَ
الْلفظِ، وَإِنَّمَا قَامَ الرَّجُلُ مَقَامَ الْأَبِ، أَوِ الْإِبْنِ فِي وِلَايَتِهِمْ بِطَرِيقِ التَّعْصِيبِ، لَا
بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ أَعْتَقَهُمُ» ^(٣).

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الصَّامِي النَّسَمِيُّ رحمه الله فِي «شرح الجامع»: «إِلَّا أَنْ يُنْصَرَّ عَلَى
ذَلِكَ فِي لَوْصِيَّةٍ مُنْصَحٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْصَرَّ عَلَيْهِ فَقَدْ سَمَّاهُ بِاسْمِهِ الْحَاصِّ، فَتَنْصَرَفُ
الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ بِاسْمِهِ، لَا بِاسْمِ الْمَوْلَى».

(١) مَا بَيْنَ الْمُحَقَّقَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ: «ال» وَ«٢١٥»، وَ«ع»، وَ«٢١٥» وَ«م».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «الموالاتة» وَالْمَعْنَى مِنْ: «ن» وَ«٢١٢»، وَ«ع»، وَ«٢١٢»، وَ«م».

(٣) يَنْظُرُ «الجامع الكبير» لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ [ص/٢٨٨]

بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ ؛ لِأَنَّهُ يُنْسَبُ إِلَيْهِ بِالْوَلَاءِ ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ .

﴿ تَحَاذِرُ السَّيِّئَاتِ ﴾

قوله: (بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْبَعْضِ) ، يَرْتَبِطُ بِقَوْلِهِ (وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَوَالِي قَدْ أَعْتَقَهُمْ إِيَّاهُ) ، يَعْنِي: أَنَّ مُعْتَقَ الْبَعْضِ يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ لِلْمَوَالِي ؛ لِأَنَّهُ مَوْلَاهُ حَقِيقَةً ، بِخِلَافِ مَوَالِي الْإِبْنِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مَوْلِيَهُ أَصْلًا ، وَلَكِنْ يَتَّبِعِي أَنْ يَكُونَ هَذَا عَلَى مَذْهَبِهِمَا ؛ لِأَنَّ مُعْتَقَ الْبَعْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله كَالْمُكَاتِبِ ، وَالْمُكَاتِبُ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ لِلْمَوْلَى ، فَكَذَلِكَ مُعْتَقُ الْبَعْضِ ، فَعَنْ هَذَا عَيَّرَ بَعْضُهُمْ لِقَظِ الْكِتَابِ ، وَقَالَ: «بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْمُعْتَقِ» .

يَعْنِي: أَنَّ مُعْتَقَ الْمُعْتَقِ يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ لِلْمَوَالِي إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَوَالِي ، وَلَا أَوْلَادَهُمْ ؛ لِأَنَّ وِلَاءَ مُعْتَقِ الْمُعْتَقِ يُنْسَبُ إِلَى الْمُوصِي مَجَازًا ، بِخِلَافِ مُعْتَقِ الْإِبْنِ ، فَإِنَّهُ لَا يُنْسَبُ إِلَيْهِ لَا حَقِيقَةً ، وَلَا مَجَازًا .

وَاللَّهُ أَعْلَمُ .



بَابُ

الْوَصِيَّةُ بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ وَالْثَّمَرَةِ

قَالَ وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ ، وَسُكْنَى دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةٍ ، وَتَجُوزُ بِذَلِكَ [٢٩٢/١] أَبَدًا ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ يَصِحُّ تَمْلِكُهَا فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ بِبَدَلٍ وَغَيْرِ بَدَلٍ ، فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ لِحَاجَتِهِ كَمَا فِي الْأَعْيَانِ ، وَيَكُونُ مَحْبُوسًا عَلَى مِلْكِهِ فِي حَقِّ الْمَنْفَعَةِ حَتَّى يَتَمَلَّكَهَا الْمُوصِي لَهُ عَلَى مِلْكِهِ كَمَا يَسْتَوْفِي الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ مَنَافِعَ

شَايَةَ بَيَانِ

بَابُ

الْوَصِيَّةُ بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ وَالْثَّمَرَةِ

لَمَّا فُرِغَ عَنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الْوَصَايَا الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالْأَعْيَانِ : شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْوَصَايَا الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالْمَنَافِعِ ، وَهِيَ الْأَعْرَاضُ ، وَأَحْرَهَا عَنِ الْأَعْيَانِ ؛ لِأَنَّ الْأَعْيَانَ هِيَ الْأَصْلُ ؛ لَكُونَ أَعْيُنُ قَائِمَةٍ بِدَائِمَتِهَا دُونَ الْعَرَضِ .

قَوْلُهُ : (قَالَ) وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ ، وَسُكْنَى دَارِهِ سِنِينَ مَعْلُومَةٍ ، وَتَجُوزُ بِذَلِكَ أَبَدًا) ، أَيُ : قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مُخْتَصَرِهِ» ^(١) .

وَقَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ رحمته الله فِي «مُخْتَصَرِ الْكَافِي» : «وَالْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ ، أَوْ عَلَيْهِ ، أَوْ سُكْنَى الدَّارِ ، أَوْ عَلَيْهِ ، تَجُوزُ عِنْدَنَا ، وَعَلَى بَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْثَى رحمته الله لَا يَحُوزُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ مُؤَقَّتًا ، وَلَا غَيْرَ مُؤَقَّتٍ» ^(٢) .

وَجَهُّ قَوْلِهِ : أَنَّ الْمُوصِي لَهُ يَمْلِكُ الْوَصِيَّةَ بِإِجَابِ الْمُوصِي ، وَلَا يَمْلِكُ لِلْمُوصِي فِيمَا يَحْدُثُ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنَ الْخِدْمَةِ وَالْعَلَّةِ ، فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ .

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/٢٤٤] .

(٢) ينظر : «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٥١٣] .

تَوَقَّفَ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْوَاقِفِ، وَتَجَوَّزَ مُوقَّتًا وَمُؤَبَّدًا كَمَا فِي الْعَارِيَةِ فَإِنَّهَا تَمْلِكُ عَلَى أَصْلِنَا، بِخِلَافِ الْمِيرَاثِ لِأَنَّهُ خِلَافُهُ فِيمَا يَتَمَلَّكُهُ الْمَوْرَثُ وَدَلِيلُ فِي عَيْنِ تَبَقَى وَالْمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لَا يَبْقَى، وَكَذَا الْوَصِيَّةُ بِغَلَّةِ الْعَبْدِ وَالذَّارِ لِأَنَّهُ تَدُلُّ الْمَنْفَعَةَ فَأَخَذَ حُكْمَهَا وَالْمَعْنَى بِشَمْلُهُمَا.

﴿حَايَةُ لِيَامِلَ﴾

أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَعَارَ فِي حَالِ الْحَيَاةِ أَوْ آجَرَهُ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ؛ تَطَلَّتِ الْعَارِيَّةُ وَالْإِجَارَةُ [٢/٥٥٤]، فَالَّذِي لَمْ يَصَحَّ فِي حَالِ الْحَيَاةِ أَوْلَى أَلَّا يَجُوزَ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَلَنَا: أَنَّ الْمَنَافِعَ يَصَحُّ تَمْلِكُهَا فِي حَالِ الْحَيَاةِ [٨/٣١٦] بِبَدَلٍ وَبِغَيْرِ بَدَلٍ دَفْعًا لِلْحَاجَةِ، فَكَذَا يَصَحُّ تَمْلِكُهَا بَعْدَ الْمَوْتِ لِلْحَاجَةِ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ لَا يُبَاقِي الْحَاجَةَ، بَلْ يُحَقِّقُهَا، فَيَكُونُ أَعْيُنُ بَاقِيًا عَلَى مِلْكِهِ، مَوْقُوفًا عَلَى حَاجَتِهِ، مَشْغُولًا بِتَصْرِفِهِ فِي الثَّلَثِ، فَتَحْدُثُ الْمَنْفَعَةُ إِذَنْ عَلَى مِلْكِهِ، لَا عَلَى مِلْكِ الْوَرِثَةِ، فَيَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِهَا؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى بِمَا يَمْلِكُهُ، لَا بِمَا لَا يَمْلِكُهُ؛ وَلِهَذَا كَانَ لَهُ مَنَعُ الرَّقَبَةِ عَنِ الْوَرِثَةِ إِذَا كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَثِ، فَكَذَا لَهُ أَنْ يَمْنَعَ الْمَنْفَعَةَ عَنْهُمْ أَيْضًا، وَلِأَنَّ هَذِهِ وَصِيَّةٌ لَهَا نَظِيرٌ مِنَ الْعُقُودِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَعَارَهُ أَوْ آجَرَهُ فِي حَالِ الْحَيَاةِ؛ جَازَ بِالِاتِّفَاقِ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى بَعْدَ الْوَفَاةِ؛ لِأَنَّ الْعُقُودَ بَعْدَ الْوَفَاةِ أَيْسَرُ مِنَ الْعَقْدِ فِي حَالِ الْحَيَاةِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا يُبْطَلُهَا الْجَهَالَةُ، وَيَجُوزُ فِي مَالٍ لَمْ يُكْتَسَبْ بَعْدُ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ حَالَ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْوَفَاةِ أَيْسَرُ مِنْ حَالِ الْحَيَاةِ، فَمِمَّا جَازَ أَنْ يَجْعَلَ الْخِدْمَةَ لِعَبْدِهِ فِي حَالِ الْحَيَاةِ؛ فَبَعْدَ الْوَفَاةِ أَوْلَى، فَوَإِذَا جَازَتْ (١) الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ؛ جَازَتْ مُوقَّتَةً وَمُؤَبَّدَةً كَالْعَارِيَةِ، فَإِنَّهَا تَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ عَلَى أَصْلِنَا خِلَافًا لِشَافِعِيِّ رحمته الله، فَإِنَّهَا عَنْدهُ إِبَاحَةُ الْمَنَافِعِ (٢).

(١) وقع بالأصل «فجارة»، والمثبت من: «الذ»، «م»، «وفا»، «ع»، «و».

(٢) ينظر «التهديب في فقه الإمام الشافعي» لبلخوي [٤/٢٧٩]، و«المهذب» للشيرازي [٢/١٩٠]، =.

فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ مِنَ الثُّلْثِ ؛ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ لِيَخْدُمَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُوَصَّى لَهُ فِي الثُّلْثِ لَا يَرَاكُمُ الْوَرَثَةُ (وَإِنْ كَانَ لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ خَدَمَ الْوَرَثَةُ يَوْمَئِذٍ

عَايَةُ الْعَبْدِ)

وَالْوَصِيَّةُ تُخَالِفُ الْمِيرَاثَ ؛ حَيْثُ لَا يَجْزِي الْمِيرَاثُ فِي الْمَنْفَعَةِ ، وَهِيَ الْخِدْمَةُ دُونَ الرَّقَبَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَرَاثَةَ خِلَافَةٌ ، وَتَفْسِيرُهَا : أَنْ تَقُومَ الْوَارِثَةُ مَقَامَ الْمَوْرُوثِ فِيمَا كَانَ مِلْكًا لِلْمَوْرُوثِ ، وَهَذَا لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا فِيمَا يَبْقَى وَقْتَيْنِ ، وَالْمَنْفَعَةُ عَرَضٌ لَا تَقَى وَقْتَيْنِ ، فَأَمَّا الْوَصِيَّةُ ، فَهِيَ إِيْجَابُ مِلْكٍ بِالْعَقْدِ بِعَنْزِلَةِ الْإِجَارَةِ وَالْإِعَارَةِ .

ثُمَّ لَمَّا جَازَتْ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ ؛ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ بِالْعَلَّةِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَأَخَذَ الْبَدْلُ حُكْمَ الْمَنْفَعَةِ فِي الْجَوَازِ ؛ لِأَنَّ لِمَعْنَى . وَهُوَ الْحَاجَةُ - يَسْتَمَلُ الْمَنْفَعَةَ وَالْعَلَّةَ جَمِيعًا .

وَالْجَوَابُ عَنْ قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى ﷺ فَنَقُولُ : لَا تُسَلَّمُ أَنَّهُ لَا مِلْكَ لِلْمُوصِي فِيمَا يَحْدُثُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، بَلْ مِلْكُهُ بَاقٍ فِيهِ بِقَدْرِ مَا يَدْفَعُ حَاجَتَهُ .

وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْوَرَثَةَ مَلَكَوا الْعَيْنَ مُطْلَقًا ، بَلْ مَلَكَوْهَا مَشْغُولَةً بِالْخِدْمَةِ ، أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَعَلَ الرَّقَبَةَ لِلْمُوصَى لَهُ وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلْثِ ؛ جَازَ وَلَمْ يَرِثُوهَا ، فَكَذَا إِذَا جَعَلَ الْمَنْفَعَةَ لِلْمُوصَى لَهُ ؛ جَازَ وَلَمْ يَرِثُوهَا ، وَإِنَّمَا وَرِثُوا عَبْدًا مَشْغُولًا بِالْخِدْمَةِ ، وَلَيْسَ الْوَصِيَّةُ كَالْإِعَارَةِ وَالْإِجَارَةِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ ؛ حَيْثُ تَبْطُلَانِ بِالْمَوْتِ ، أَلَّا تَرَى أَنَّ الْوَكِيلَ يَبْطُلُ وَكَأَنَّهُ بِمَوْتِ الْمُوَكَّلِ ، وَلَوْ جَعَلَهُ وَكِيلًا بَعْدَ وَفَاتِهِ جَازَتْ وَيَصِيرُ وَصِيًّا .

قَوْلُهُ : (قَالَ : فَإِنْ خَرَجَتْ رَقَبَةُ الْعَبْدِ مِنَ الثُّلْثِ ؛ يُسَلَّمُ إِلَيْهِ لِيَخْدُمَهُ) ، أَيْ : قَالَ الْقُدُّورِيُّ ﷺ فِي «مُخْتَصَرِهِ» ، وَتَمَامُهُ فِيهِ : «وَإِنْ كَانَ لَا مَالَ [٢/١٧٨] لَهُ غَيْرُهُ خَدَمَ الْوَرَثَةُ يَوْمَئِذٍ ، وَالْمُوصَى لَهُ يَوْمًا»^(١) . وَهَذَا إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ مُؤَبَّدًا .

= راجع الوجع في شرح المسحاح للذبيري [١٣٩/٥]

(١) ينظر : «مختصر القدوري» [ص/٢٤٤] .

وَالْمَوْصِي لَهُ يَوْمًا) لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الثَّلَاثِ وَحَقَّهُمْ فِي الثَّلَاثِينَ كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ فِي
النَّعْنِ وَلَا تُمْكِنُ قِسْمَةُ الْعَبْدِ أَجْزَاءً لِأَنَّهُ لَا يَنْجَزُ أَقْصَرُنَا إِلَى الْمُهَابَاةِ إِيْفَاءً

نقابة لسان

فَإِذَا أَوْصَى بِخِدْمَتِهِ مُؤَقَّتًا مِثْلَ مَا إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةٍ عَلَيْهِ سَنَةً مِثْلًا ؛ يَخْدِمُ
الْوَرَثَةُ يَوْمَيْنِ وَالْمَوْصِي لَهُ يَوْمًا إِلَى ثَلَاثِ سَنِينَ ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ لَمَّا لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ،
حَبْتُ لَمْ يَمْلِكْ مَا لَا غَيْرُهُ ؛ لَا يَجُوزُ أَنْ تَنْفُذَ الْوَصِيَّةَ فِي جَمِيعِ الْمَالِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى
قِسْمَةِ الْعَبْدِ ذَاتًا ؛ لِأَنَّ قِسْمَتَهُ أَجْزَاءً لَا يَتَأَتَّى [٥٥/٣] ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْمُهَابَاةِ فِي
لِخْدَمَةٍ ، أَيِ : الْمُتَنَاوِيَةِ فِيهَا مِنْ حَيْثُ الزَّمَانُ ، فَيَخْدِمُ الْوَرَثَةُ ، وَالْمَوْصِي لَهُ أَثَلَاثًا ؛
لِأَنَّ الْمَوْصِي لَهُ شَرِيكَ لَوَارِثٍ ، فَلَا يَسْلَمُ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا وَيَسْلَمُ لِلْوَرَثَةِ مِثْلَهُ ، فَيَخْدِمُ
كَذَلِكَ إِلَى أَنْ يَمُوتَ ثَلَاثَ سَنِينَ ، فَإِذَا مَضَتْ ثَلَاثُ سَنِينَ ؛ فَقَدْ سَلِمَتْ لَهُ خِدْمَةُ
سَنَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِسُكْنَى دَارِهِ سَنَةً وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرَهَا ^(١) ،
وَبَنُوهُ يَسْكُنُ ثَلَاثَ سَنَةٍ ، وَيَسْكُنُ الْوَرَثَةُ الثَّلَاثِينَ ؛ لِأَنَّ لِدَارَ يُمَكِّنُ قِسْمَتَهَا بِالْأَجْزَاءِ .

وَهَذَا النَّوعُ مِنَ الْقِسْمَةِ أَقْرَبُ إِلَى الْمُعَادَلَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْوَرَثَةِ
وَالْمَوْصِي لَهُ زَمَانًا وَذَاتًا ، وَفِي الْمُهَابَاةِ يَلْزَمُ تَقَدُّمُ أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ زَمَانًا ، فَلَا
بُصَارَ إِلَيْهَا إِلَّا عَدَّ مَعْدُرِ الْقِسْمَةِ بِالْأَجْزَاءِ ، وَلَكِنْ مَعَ هَذَا لَوْ تَهَايَشُوا عَلَى الْقِسْمَةِ
مِنْ حَبْتُ الزَّمَانِ جَازَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْمُعَادَلَةَ فِي الرِّمَانِ حَقُّهُمْ ، فَإِذَا أَسْقَطُوهَا جَازَ .

وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى بِغَلَّةِ عَبْدٍ سَنَةً ، وَلَيْسَ لَهُ مَا لَغَيْرِهِ ؛ كَانَ لَهُ ثُلُثُ غَلَّةِ
تِلْكَ السَّنَةِ ؛ لِأَنَّ الْغَلَّةَ عَيْنٌ مَالٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، فَإِنَّمَا تَنْفُذُ الْوَصِيَّةَ فِي مِقْدَارِ الثَّلَاثِ
مِنْ الْغَلَّةِ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ بِخِلَافِ الْخِدْمَةِ ، فَإِنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ ؛ لِأَنَّهَا
تَحْدُثُ وَقْتًا بَعْدَ وَقْتٍ ، وَلَا تَحْتَمِعُ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ ، فَلِلْمَوْصِي لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ
الْجِدْمَةَ بِطَرِيقِ الْمُهَابَاةِ إِلَى أَنْ يَكُونَ مَا يَسْتَوْفِيهِ خِدْمَةً سَنَةً كَامِلَةً ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَوْصَى
لَهُ بِغَلَّةِ دَارِهِ ، فَهَذَا وَغَلَّةُ لِعَبْدٍ سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ الْغَلَّةَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ جَمِيعًا تَحْتَمِلُ

(١) وَفِي الْأَصْلِ «غَيْرُهُ» ، وَالْمَشْبُوبُ مِنْ : «ب» ، «و» ، «م» ، «و» ، «ن» ، «و» ، «ع» ، «و» ، «ر» .

لِلْحَقِيقِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ بِسُكْنَى الدَّارِ إِذَا كَانَتْ لَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ حَيْثُ تَقْسَمُ عَيْنُ الدَّارِ ثَلَاثًا لِلِانْتِفَاعِ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْقِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ وَهُوَ أَعْدَلُ لِلتَّشْوِيعِ بَيْنَهُمَا زَمَنًا وَذَاتًا، وَفِي الْمُهَيَّاتَةِ تَقْدِيمُ أَحَدِهِمَا رَمَانًا.

غاية البيان

الْقِسْمَةُ، فَلَا يَسْلَمُ لِلْمُوصَى لَهُ إِلَّا ثُلُثُ الْعَنَةِ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ.

وَأُورِدَ لِفَقِيهِ أَبُو النَّبِثِ السَّمَرْقَنْدِيُّ رحمته الله فِي كِتَابِ «نُكْتُ الْوَصَايَا» سُؤَالَ وَحَوَابًا، فَقَالَ: «إِنْ قِيلَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ وَاحِدَةٌ، لِمَ لَا يُقَالُ: إِنَّ وَصِيَّتَهُ سَلِمَتْ وَانْقَضَتْ؟ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي ثُلُثِ الْعَبْدِ جَائِزَةٌ، وَفِي الثَّلَاثِينَ ^(١) لَا يَجُوزُ، فَإِذَا خَدَمَ لَهُ الْعَبْدُ كُلَّهُ فِي ثُلُثِ السَّنَةِ فَقَدْ سَلِمَ لَهُ خِدْمَةُ ثُلُثِ [٥١٧/٨] الْعَبْدِ سَنَةً كَامِلَةً، كَمَا أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى لَهُ بَعْلَةُ الْعَبْدِ لَا يَكُونُ لَهُ إِلَّا عِلَّةُ ثُلُثِ السَّنَةِ، فَيُسْتَعْلَى ^(٢) الْعَبْدُ سَنَةً، فَيَكُونُ ثُلُثُ ذَلِكَ لِلْمُوصَى لَهُ، وَلَيْسَ لَهُ غَيْرُ ذَلِكَ، فَلِمَ لَا تَكُونُ الْخِدْمَةُ هَكَذَا؟

فَالْجَوَابُ: أَنْ يُقَالَ: إِنَّ هَاهُنَا يَحْتَاجُ إِلَى الْمُهَيَّاتَةِ، فَفِي الْيَوْمِ الَّذِي يَخْدُمُ الْمُوصَى لَهُ يَكُونُ ثُلَاثًا الْعَبْدُ عِنْدَهُ عَلَى سَبِيلِ الْعَارِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُجْعَلْ عَارِيَّةً بَصَارَ شَبِيهَا بِالشَّعْرِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَعْدِمُ الثَّلَاثِينَ عَلَى أَنْ يَسْتَعْدِمَ الْوَرَثَةَ نَصِيْبَهُ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ، فَإِذَا كَانَ يُؤَدِّي إِلَى هَذَا يَكُونُ ثُلَاثًا الْعَبْدُ فِي الْيَوْمِ الَّذِي يَخْدُمُهُ عَلَى وَجْهِ الْعَارِيَّةِ، وَالثَّلَاثُ عِنْدَ الْوَرَثَةِ فِي الْيَوْمَيْنِ عَارِيَّةً أَيْضًا، فَإِذَا كَانَ هَكَذَا؛ فَفِي ثَلَاثِ سِنِينَ لَمْ يَسْتَعْدِمِ إِلَّا ثُلُثَ الْعَبْدِ، فَإِذَا اسْتَعْدِمَ تَمَامَ السَّنَةِ؛ فَقَدْ اسْتَعْدِمَ ثُلُثَ الْعَبْدِ بِالْوَصِيَّةِ، وَالثَّلَاثِينَ عَلَى وَجْهِ الْعَارِيَّةِ.

قَالَ فِي «شَرْحِ الطَّلْحَاوِيِّ» رحمته الله: «وَلَوْ أَنَّ رَجُلًا أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ لِفُلَانٍ سَنَةً، فَإِنَّهُ يُنْظَرُ: إِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ؛ فَإِنَّهُ يَخْدُمُ الْمُوصَى لَهُ سَنَةً كَامِلَةً، وَبَعْدَ ذَلِكَ يَكُونُ لِلْوَرَثَةِ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ لَا يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ؛ يَخْدُمُ لَهُ يَوْمًا [٥١٦، ٣]

(١) وَقَعَ بِالْأَصْرِ: «الثَّلَاثِينَ» وَالْمَبْنِيَّةُ مِنْ: «ثَلَاثِينَ»، وَ«ثَلَاثِينَ»، وَ«ثَلَاثِينَ»، وَ«ثَلَاثِينَ».

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْرِ: «فَيُسْتَعْلَى» وَالْمَبْنِيَّةُ مِنْ: «ثَلَاثِينَ»، وَ«ثَلَاثِينَ»، وَ«ثَلَاثِينَ»، وَ«ثَلَاثِينَ».

المُوصَى لَهُ ثَابِتٌ فِي سُكْنَى جَمِيعِ الدَّارِ بِأَن ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ آخَرٌ وَتَخْرُجُ الدَّارُ مِنَ الثُّلُثِ، وَكَذَا لَهُ حَقُّ الْمَزَاحِمَةِ فِيمَا فِي أَيْدِيهِمْ إِذَا خَرِبَتْ فِي يَدِهِ، وَالْبَيْعُ يَنْصَحُنْ إِبْطَالَ ذَلِكَ فَمَنَعُوا عَنْهُ.

وَإِنْ كَانَ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ؛ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ أَوْجَبَ الْحَقَّ لِلْمُوصَى لَهُ لِيَسْتَوْفِيَ الْمَنَافِعَ عَلَى حُكْمِ مِلْكِهِ، فَلَوْ انْتَقَلَ إِلَى وَارِثِ الْمُوصَى لَهُ اسْتَحَقَّهَا ابْتِدَاءً مِنْ مِلْكِ الْمُوصِي مِنْ غَيْرِ مَرْضَاتِهِ وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

وَلَوْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ فِي حَالِ حَيَاةِ الْمُوصِي؛ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّ إيجابَها

﴿ ملحة البيد ﴾

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ كَانَ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ؛ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ)، أَيِ [٣١٨/٨]: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مُخْتَصَرِهِ»^(١)، أَيِ: إِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي؛ عَادَ الْمُوصَى بِهِ - وَهُوَ خِدْمَةُ الْعَبْدِ وَغَلَّتُهُ وَسُكْنَى الدَّارِ، وَغَلَّتُهَا - إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي، لَا إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصَى لَهُ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ أَوْجَبَ الْحَقَّ لِلْمُوصَى لَهُ؛ لِيَسْتَوْفِيَ الْمَنَافِعَ مِنَ الْخِدْمَةِ، وَالسُّكْنَى، وَالْقَلَّةِ عَلَى حُكْمِ مِلْكِ الْمُوصِي، فَلَوْ انْتَقَلَتْ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصَى لَهُ؛ اسْتَحَقَّهَا الْوَارِثُ ابْتِدَاءً مِنْ مِلْكِ الْمُوصِي بِلا رِضَا، وَلَمْ يَوْصِ لَوَارِثِ الْمُوصَى لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، فَلَا يَجُوزُ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ فِي حَالِ حَيَاةِ الْمُوصِي؛ بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ). وَهَذَا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ رحمته الله فِي «مُخْتَصَرِهِ»^(٢).

وَذَلِكَ لِأَنَّ إيجابَ الْوَصِيَّةِ يَكُونُ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِوُجُودِ الْمَوْتِ، فَإِذَا مَاتَ الْمُوصَى لَهُ؛ لَمْ يَصِحَّ الْإِيجَابُ، كَمَا لَا يَصِحُّ إِيجَابُ الْبَائِعِ لِلْمَشْتَرِي بَعْدَ مَوْتِهِ.

(١) بَطَرِ «مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» [٢٤٤/ص].

(٢) يَنْظُرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

تَعْلَقُ بِالمَوْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلِ .

وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةٍ عَبْدِهِ أَوْ دَارِهِ ، فَاسْتَحْدَمَهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ سَكَنَهَا بِنَفْسِهِ ، قَبْلَ :
يَجُوزُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْمَنَافِعِ كَعَيْنِهَا فِي تَخْصِيلِ الْمَقْصُودِ . وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا
يَجُوزُ لِأَنَّ الْغَلَّةَ دَرَاهِمٌ أَوْ دَنَانِيرٌ وَقَدْ وَجَبَتْ الْوَصِيَّةُ بِهَا ، وَهَذَا اسْتِيفَاءُ الْمَنَافِعِ
وَهُمَا مُتَغَايِرَانِ وَمُتَقَاوِئَانِ فِي حَقِّ الْوَرَثَةِ ، فَإِنَّهُ لَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ يُمَكِّنُهُمْ أَدَاؤُهُ مِنْ

شَهَادَةُ الْعَمَلِ

قَوْلُهُ : (عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ) ، إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي قَضَلِ اعْتِبَارِ حَالَةِ الْوَصِيَّةِ فِي
الْفَرْقِ بَيْنَ الْإِقْرَارِ لِأَجْنِبِيٍّ ، ثُمَّ تَزَوُّجِهَا ثُمَّ مَاتَ ؛ حَيْثُ جَازَ ، وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالْهَبَةِ
لَهَا ، مِنْ ذَلِكَ بَاطِلٌ بِقَوْلِهِ : (بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهَا إِبْجَابٌ عِنْدَ الْمَوْتِ) .

وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ فِي أَوَائِلِ كِتَابِ الْوَصَايَا بِقَوْلِهِ : (لِأَنَّ أَوَانَ
ثُبُوتِ حُكْمِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ لِيَتَعَلَّقَ بِهِ ، فَلَا يُغَيَّرُ قَبْلَهُ) .

قَوْلُهُ : (وَلَوْ أَوْصَى بِغَلَّةٍ عَبْدِهِ أَوْ دَارِهِ ، فَاسْتَحْدَمَهُ بِنَفْسِهِ ، أَوْ سَكَنَهَا بِنَفْسِهِ ،
فِيلَ : يَجُوزُ [ذَلِكَ] ^(١)) ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَعَ مَا بَعْدَهَا إِلَى قَوْلِهِ : (قَالَ : وَمَنْ أَوْصَى
لَاخِرَ بِتَمَرَةٍ يُسْتَانِيهِ) ، ذُكِرَتْ تَفْرِيعًا عَلَى مَسْأَلَةِ «الْمُخْتَصَرِ» .

قَالَ الْإِمَامُ الْأَشْجَعِيُّ رحمته الله فِي «شرح الطحاوي» رحمته الله : «وَإِذَا أَوْصَى بِغَلَّةٍ
عِنْدَهُ لِرَجُلٍ ، فَأَرَادَ الْمُوصِي لَهُ بِالْغَلَّةِ أَنْ يَسْتَحْدِمَهُ بِنَفْسِهِ ؛ لَمْ يَذْكُرْهَا [٥٤٦/٣] فِي
ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ .

وَاخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ رحمهم الله فِيهِ : قَالَ بَعْضُهُمْ : لَهُ أَنْ يَسْتَحْدِمَهُ بِنَفْسِهِ ، وَقَالَ
بَعْضُهُمْ : لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي أَوْصَى لَهُ بِالْغَلَّةِ لَا بِالْخِدْمَةِ ^(٢) .

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْيُسُفِ رحمته الله فِي كِتَابِ «مَكْتُبِ الْوَصَايَا» : «فَلَوْ كَانَ أَوْصَى لَهُ

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْلُوفَتَيْنِ : رِيَادَةٌ مِنْ : «أَنْ» ، وَ«مَنْ» ، وَ«لَا» ، وَ«عَنْ» ، وَ«دَرْ» .

(٢) يَنْظُرُ : «شرح مختصر الطحاوي» لِلْأَشْجَعِيِّ [٣١٧/١] .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ بِالْوَصِيَّةِ مَلَكَ الْمَنْفَعَةَ فَيَمْلِكُ تَمْلِيكُهَا مِنْ غَيْرِهِ بِتَدَلٍ أَوْ غَيْرِ بِتَدَلٍ لِأَنَّهَا كَالْأَغْيَابِ عِنْدَهُ، بِجَلَابِ الْعَارِيَّةِ لِأَنَّهَا إِبَاحَةٌ عَلَى أَمْلِهِ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكِكَ وَلَنَّا أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكِكَ بِغَيْرِ تَدَلٍ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَا يَمْلِكُ تَمْلِيكُكَ بِتَدَلٍ اعْتِبَارًا بِالْإِعَارَةِ فَوَئِذَا تَمْلِيكِكَ بِغَيْرِ تَدَلٍ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ غَنِ أَصْلِنَا، وَلَا يَمْلِكُ الْمُسْتَعِيرُ الْإِجَارَةَ لِأَنَّهَا تَمْلِيكِكَ بِتَدَلٍ، كَذَا هَذَا.

باب السكنى

حَيْثُ لَا يَمْلِكُ الْمُسْتَعِيرُ الْإِعَارَةَ عِنْدِي، لِأَنَّ الْإِعَارَةَ فِي حُكْمِ الْإِبَاحَةِ لَا فِي حُكْمِ التَّمْلِيكِ، وَلِأَنَّ الْإِعَارَةَ لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ، وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ لَازِمَةٌ كَالْوَصِيَّةِ بِالْعَيْنِ. وَلَنَّا: أَنَّ الْمُوَصِّيَ لَهُ تَمْلِكُ الْعَيْنِ بِغَيْرِ عَوَضٍ، فَلَا يَمْلِكُ تَمْلِيكُهَا مِنْ الْغَيْرِ بِعَوَضٍ كَالْمُسْتَعِيرِ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْإِجَارَةَ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِيكِكَ بِعَوَضٍ، فَكَذَا هَذَا^(١).
وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّ الْعَارِيَّةَ تَمْلِيكِكَ بِغَيْرِ عَوَضٍ: لِأَنَّهَا تُعَقَّدُ بِلَفْظِ التَّمْلِيكِ؛ وَلِهَذَا لَوْ قَالَ: مَلَكَتُكَ مَنْفَعَةَ هَذَا الدَّارِ؛ كَانَتْ عَارِيَّةً صَحِيحَةً.

تَحْقِيقُهُ: أَنَّ التَّمْلِيكَ إِذَا وَقَعَ بِعَوَضٍ؛ كَانَ لَازِمًا حَتَّى لَا يَنْفَسَخَ إِلَّا بِعُدُولٍ، وَإِذَا وَقَعَ بِغَيْرِ عَوَضٍ كَانَ غَيْرَ لَازِمٍ، وَالتَّمْلِيكَ بِالْوَصِيَّةِ تَمْلِيكِكَ بِغَيْرِ عَوَضٍ، فَكَانَ عِزًّا لَارِمًا، وَكَذَلِكَ الْعَارِيَّةُ أَيْضًا لَيْسَتْ بِلَازِمَةٍ؛ لَكُونِهَا مُتَعَرِّفَةً عَنِ الْعَوَضِ، فَإِذَا كَانَتِ الْوَصِيَّةُ غَيْرَ لَازِمَةٍ؛ لَا تَصَحُّ إِجَارَتُهَا؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ لَكُونِهَا لَازِمَةٌ أَقْوَى مِنْ الْوَصِيَّةِ، فَلَا يُمْلِكُ الْأَقْوَى بِالْأَضْعَفِ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَتَضَمَّنُ مَا هُوَ قُوَّةٌ.

وَأَمَّا [لَمْ] ^(٢) يَصْغُرُ الرِّجْوُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوَصِّي؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ رَجْوُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَلِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَيْسَتْ بِمَالٍ عَلَى أَصْلِنَا، وَلِهَذَا فَلَنَّا^(٣): إِنَّ مَنَافِعَ الْمَعْصُوبِ لَيْسَتْ بِمَضْمُونَةٍ؛ لِأَنَّ الْمَالِيَّةَ لَا تَسْبِقُ الْوُجُودَ، وَبَعْدَ الْوُجُودِ لَا تَسْبِقُ الْإِحْرَارَ.

(١) بَطْنُ الْمَسْرُوطِ لِلشَّرْحِيِّ [١٨٢/٢٧ - ١٨٣].

(٢) مَا بَيْنَ الْمُقُولَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦، ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٧٢، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٧٧، ١٤٧٨، ١٤٧٩، ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢، ١٤٨٣، ١٤٨٤، ١٤٨٥، ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٨، ١٤٨٩، ١٤٩٠، ١٤٩١، ١٤٩٢، ١٤٩٣، ١٤٩٤، ١٤٩٥، ١٤٩٦، ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٤٩٩، ١٥٠٠، ١٥٠١، ١٥٠٢، ١٥٠٣، ١٥٠٤، ١٥٠٥، ١٥٠٦، ١٥٠٧، ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥١٠، ١٥١١، ١٥١٢، ١٥١٣، ١٥١٤، ١٥١٥، ١٥١٦، ١٥١٧، ١٥١٨، ١٥١٩، ١٥٢٠، ١٥٢١، ١٥٢٢، ١٥٢٣، ١٥٢٤، ١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٥٣١، ١٥٣٢، ١٥٣٣، ١٥٣٤، ١٥٣٥، ١٥٣٦، ١٥٣٧، ١٥٣٨، ١٥٣٩، ١٥٤٠، ١٥٤١، ١٥٤٢، ١٥٤٣، ١٥٤٤، ١٥٤٥، ١٥٤٦، ١٥٤٧، ١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠، ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٥٥، ١٥٥٦، ١٥٥٧، ١٥٥٨، ١٥٥٩، ١٥٦٠، ١٥٦١، ١٥٦٢، ١٥٦٣، ١٥٦٤، ١٥٦٥، ١٥٦٦، ١٥٦٧، ١٥٦٨، ١٥٦٩، ١٥٧٠، ١٥٧١، ١٥٧٢، ١٥٧٣، ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦، ١٥٧٧، ١٥٧٨، ١٥٧٩، ١٥٨٠، ١٥٨١، ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ١٥٨٧، ١٥٨٨، ١٥٨٩، ١٥٩٠، ١٥٩١، ١٥٩٢، ١٥٩٣، ١٥٩٤، ١٥٩٥، ١٥٩٦، ١٥٩٧، ١٥٩٨، ١٥٩٩، ١٦٠٠، ١٦٠١، ١٦٠٢، ١٦٠٣، ١٦٠٤، ١٦٠٥، ١٦٠٦، ١٦٠٧، ١٦٠٨، ١٦٠٩، ١٦١٠، ١٦١١، ١٦١٢، ١٦١٣، ١٦١٤، ١٦١٥، ١٦١٦، ١٦١٧، ١٦١٨، ١٦١٩، ١٦٢٠، ١٦٢١، ١٦٢٢، ١٦٢٣، ١٦٢٤، ١٦٢٥، ١٦٢٦، ١٦٢٧، ١٦٢٨، ١٦٢٩، ١٦٣٠، ١٦٣١، ١٦٣٢، ١٦٣٣، ١٦٣٤، ١٦٣٥، ١٦٣٦، ١٦٣٧، ١٦٣٨، ١٦٣٩، ١٦٤٠، ١٦٤١، ١٦٤٢، ١٦٤٣، ١٦٤٤، ١٦٤٥، ١٦٤٦، ١٦٤٧، ١٦٤٨، ١٦٤٩، ١٦٥٠، ١٦٥١، ١٦٥٢، ١٦٥٣، ١٦٥٤، ١٦٥٥، ١٦٥٦، ١٦٥٧، ١٦٥٨، ١٦٥٩، ١٦٦٠، ١٦٦١، ١٦٦٢، ١٦٦٣، ١٦٦٤، ١٦٦٥، ١٦٦٦، ١٦٦٧، ١٦٦٨، ١٦٦٩، ١٦٧٠، ١٦٧١، ١٦٧٢، ١٦٧٣، ١٦٧٤، ١٦٧٥، ١٦٧٦، ١٦٧٧، ١٦٧٨، ١٦٧٩، ١٦٨٠، ١٦٨١، ١٦٨٢، ١٦٨٣، ١٦٨٤، ١٦٨٥، ١٦٨٦، ١٦٨

ونحن نفيقه أن التملك بتدلي لازم وبغير تدلي غير لازم، ولا يملك الأثرى بالأضعف والأكثر بالأقل، والوصية تشترع غير لازم إلا أن الرجوع للمترع لا لغيره والمترع بعد الموت لا يملك الرجوع فلهذا انقطع، أما هو في رضى فغير لازم، ولأن المصلحة ليست بمال على أصلاً وفي تملكها بالمال إحداث صفة المالية فيها تحقيقاً للمساواة في عقد المعاوضة، وإما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعاً لملك الرقبة، أو لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكاً لها بالصفة التي تملكها، أما إذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكه بعوض كان مملكاً أكثر مما تملكه معنى وهذا لا يحوز.

وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة، إلا أن يكون الموصى

عبد الميراث

كالصيد، والمنافع ثلاثى كما وجدت، فلا تثبت [١٧٣] المالية في المصالح حقيقة، وفي تملكها بالمال يلزم إحداث صفة المالية في المصالح؛ لتحقيق المساواة في عقد المعاوضة، فلا تثبت هذه الولاية، أعني: ولاية إحداث صفة المالية في المصالح، إلا لمن تملك المنافع [١٧٣/٨] تبعاً في ضمن ملك الرقبة، أو لمن تملك المنافع بعقد المعاوضة كالإجازة، فإنه يجوز للمساخر أن يؤجر العبد، ويملك منفعته من غيره، إذا كانت العين ممتلاً لا يتحلف باختلاف المستعمل، حيث يكون مملكاً للمنفعة بالصفة التي تملكها.

فأما من تملك المنافع بغير عوض مقصودة أصلاً لا في ضمن شيء آخر، فلم يثبت بها معنى المالية بسبيل التبعية، كما في الوصية لا يحوز [له] أن يملكها بعوض بالإجازة لأنه يكون مملكاً أكثر مما يملكه معنى، فافهم.

قوله: (وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة، إلا أن يكون الموصى

له وأهله في غير الكوفة، فيخرج إلى أهله للخدمة هناك، إذا كان يخرج من ذلك، لأن الوصية إنما تنفذ على ما يُعرف من مقصود الموصي، وإذا كانوا في مضره فمقصوده أن يُمَكِّته من خدمته فيه بدون أن يلزمه شقة السفر، وإذا كثر في غيره فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله لخدمته.

ولو أوصى بعتلته عنده أو بعتلته داره بخور أيضاً، لأنه بذل المقتعة فأخذ

في حياض العبد

له وأهله في غير الكوفة، فيخرج إلى أهله للخدمة هناك، إذا كان يخرج من ذلك.

يعني: إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمته عنده لزيد مثلاً، فليس لزيد أن يخرج العبد من الكوفة إلى موضع آخر لخدمته فيه، إلا أن يكون الموصي له وأهله في غير الكوفة؛ فحينئذ يكون له أن يخرج به، لأن تعيين الوصية على حسب ما يُعرف من مقصود الموصي، فإذا كان الموصي له وأهله في مضر الموصي، فمقصود الموصي أن يخدمه العبد في المضر بدون أن يلزمه شقة السفر.

وإذا كانوا في غير مضر الموصي، فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله لخدمته عندهم. وهذا هو المعلوم^(١) بدلالة الحال، ولو أنه شرط أن يخدمه عند أهله بالإصحاح كان للموصي له أن يخرج به إلى أهله، فكذلك إذا عُلِمَ عند أهله بالدلالة، لأن الثالث بالدلالة كالنائب صريحاً.

قوله: (كانوا في مضره)، أي: كان الموصي له وأهله في مضر الموصي.

قوله: (في غير مضره)، الضمير راجع إلى الموصي أيضاً.

قوله: (ولو أوصى بعتلته عنده أو بعتلته داره بخور أيضاً)، [أي] كما تحور

(١) دفع بالأصل المعلوم والمثبت من أن، وم، و٢٥٥، دفع، و٢٥٥، و٢٥٥

(٢) ما بين المعلومين زيادة من أن، وم، و٢٥٥، دفع، و٢٥٥، و٢٥٥

حُكِمَ الْمُنْفَعَةُ فِي حِوَارِ الْوَصِيَّةِ بِهِ ، كَيْفَ وَاتَّةَ عَيْنٍ حَقِيقَةً لِأَنَّ دِرَاهِمَ أَوْ دِينَارٍ
فَكَانَ بِالْحِوَارِ أَوَّلَى ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ كَانَ لَهُ ثَلَاثُ عِلَّةٍ تِلْكَ الشَّيْءَ لِأَنَّ
عَيْنَ مَالٍ يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ بِالْأَجْزَاءِ .

فَلَوْ أَرَادَ الْمُوصِي لَهُ قِسْمَةَ الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرِثَةِ ، لَيَكُونُ هُوَ الَّذِي سَمِعَ
ثَلَاثَهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ يَقُولُ : الْمُوصِي لَهُ

عَلَّةُ الْعِلَّةِ

الْوَصِيَّةُ بِحُدُودِ الْعَبْدِ وَشُكْنِ الدَّارِ ، تَجُوزُ^(١) الْوَصِيَّةُ بِعِلَّةِ الْعَبْدِ وَعِلَّةِ الدَّارِ ، وَذَلِكَ
لِأَنَّ الْعِلَّةَ بَدَلُ الْمَنْفَعَةِ ، فَلَمَّا جَازَ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعَةِ حَارَتْ الْوَصِيَّةُ بِبَدَلِهَا أَيْضًا ،
فَإِذَا أَوْضَى بِعِلَّةِ الْعَبْدِ مَنَّةً ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ يُسْتَعْلَى الْعَبْدُ مَنَّةً ، ثُمَّ يُقَسَّمُ
الْأَثْلَاءُ ، لِأَنَّ الْعِلَّةَ تَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ ، لِأَنَّهَا عَيْنٌ : إِمَّا دِرَاهِمَ أَوْ دِينَارٍ ، وَلَيْسَ
كَالْحُدُودِ ، لِأَنَّ الْحُدُودَ لَا يُتَكَيَّنُ جَمْعُهَا ، لِأَنَّهَا تَحْدُثُ وَقْتًا بَعْدَ وَقْتٍ ، وَلَا تَحْتَمِلُ
فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ ، فَلَمَّا لَمْ يُتَكَيَّنْ قِسْمَتُهَا بِالْأَجْزَاءِ ، لَمْ يَكُنْ يُدْرَسُ الْمُهَابَاةُ ، فَيُخْدَمُ
لِلْوَرِثَةِ يَوْمَئِذٍ ، وَالْمُوصِي لَهُ يَوْمًا .

فَأَمَّا الْعِلَّةُ : فَيُمْكِنُ جَمْعُهَا [١/٢٣١٩، ٨] وَقِسْمَتُهَا بِالْأَجْزَاءِ ، فَكَانَ لِلْمُوصِي لَهُ
ثَلَاثُ عِلَّةٍ تِلْكَ الشَّيْءَ .

قَوْلُهُ . (فَكَانَ بِالْحِوَارِ أَوَّلَى) ، أَيُّ : كَانَ الْإِبْصَاءُ بِالْعِلَّةِ أَقْرَبَ إِلَى الْحِوَارِ مِنْ
الْإِبْصَاءِ بِالْحُدُودِ ، لِأَنَّ الْحُدُودَ مَنَعَةٌ مَخْصُصَةٌ ، لَيْسَتْ فِيهَا شَائِبَةُ الْعَيْشَةِ ، وَلِهَذَا لَمْ
يُخَرِّ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى [١/٢٣١٩، ٨] ، فَإِذَا جَازَ الْإِبْصَاءُ بِالْحُدُودِ حَارَ
الْإِبْصَاءُ بِالْعِلَّةِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلَى ، لِأَنَّهَا عِبَارَةٌ عَنْ مَالٍ عَيْنٍ ، وَهِيَ الدِّرَاهِمُ أَوْ الدِّينَارُ
قَوْلُهُ . (فَلَوْ أَرَادَ الْمُوصِي لَهُ قِسْمَةَ الدَّارِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرِثَةِ ، لَيَكُونُ هُوَ الَّذِي
بَسْتَعْلَى ثَلَاثَهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ) .

ثُمَّ لَمَّا صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ لِصَاحِبِ الْخِدْمَةِ، فَلَوْ لَمْ يُوصَ فِي الرَّقَّةِ بِمِيرَاثِ
لِلْمُورَثَةِ مَعَ كَوْنِ الْخِدْمَةِ لِلْمُوصِي لَهُ، فَكَذَا إِذَا أَوْصَى بِالرَّقَّةِ لِإِنْسَانٍ آخَرَ، إِذَا
الْوَصِيَّةُ أَحْتُ الْمِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمِلْكَ يَثْبُتُ فِيهِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ.

ولها نظائر:

عبد العبد

ووقع في نسخة «الهداية»: (وَالْخِدْمَةُ عَلَيْهَا)، أي: على رقبة العبد، ووقع
في نسخة «شرح الكافي»: «وَالْخِدْمَةُ كُلُّهَا»؛ وذلك لأنَّ الْمُوصِي أَوْجِبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ
مِنَ الْمُوصَى لَهَا شَيْئًا مَعْلُومًا، وَخَصَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِشَيْءٍ، لِأَحَدِهِمَا الْخِدْمَةَ،
وَلِلْآخَرِ الرَّقَّةَ، فَيَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا أَوْصَى لَهُ؛ لِأَنَّهُ مِيرَ وَصِيَّتُهُمَا.
فَعَلَّطْنَا^(١) إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ عَلَى الْآخَرَى بِقَوْلِهِ: أَوْصَيْتُ لِهَذَا بِخِدْمَتِهِ وَلِهَذَا
بِرَّقَّتِهِ؛ لَا تَتَحَقَّقُ الْمَشَارَكَةُ، فَتُعْتَبَرُ هَذِهِ الْحَالَةُ.

أعني: ما إذا أَوْصَى بِخِدْمَةِ وَرَقَّةٍ بِحَالَةِ الْإِنْفِرَادِ، وَهِيَ مَا إِذَا أَوْصَى بِخِدْمَةِ
دُونَ رَقَّةٍ، بَأَنَ أَوْصَى بِخِدْمَةِ الْعَبْدِ لِإِنْسَانٍ، وَلَمْ يُوصِ بِرَّقَّتِهِ، تَكُونُ الْخِدْمَةُ
لِلْمُوصَى لَهُ، وَالرَّقَّةُ لِلْمُورَثَةِ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى بِرَّقَّتِهِ لِإِنْسَانٍ آخَرَ؛ تَكُونُ الرَّقَّةُ
لِلْمُوصَى لَهُ بِالرَّقَّةِ حَاصَّةً؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَحْتُ الْمِيرَاثِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِي كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا يَثْبُتُ الْمِلْكَ بَعْدَ الْمَوْتِ.

قَوْلُهُ: (وَلَهَا مَظَانِرُ)، أي: ولهذه المسألة مظاهر، وهو ما إذا أَوْصَى سَمَةً
لِرَجُلٍ، وَسَمًا فِي بَطْنِهَا لِآخَرَ، وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ، أَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ أَوْ لِمَا
بِخَاتَمٍ، وَلِآخَرَ بِقَصَّةٍ، أَوْ قَالَ: هَذِهِ الْقَوْصَرَةُ^(٢) لِفُلَانٍ، وَمَا فِيهَا مِنَ الثَّمَرِ لِفُلَانٍ،
كَانَ كَمَا أَوْصَى، سِوَاهُ كَانَ الْكَلَامُ مُتَصِلًا أَوْ مُقْطُوعًا عَنِ أَبِي بَرْسَبٍ^(٣)، فَمِنْ
قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: الْجَوَابُ فِي خِدْمَةِ الْعَبْدِ كَذَلِكَ.

(١) وقع بالأصل «فعلطف» والثلث من «ال» و«ال» و«ال».

(٢) القوصرة وعاءٌ لثمر مسوح من قصب هكذا عرّفها المؤلف فيما مضى من كتاب العبد.

عنه السيد

وأما في الجارية والخاتم: تكون الحارية والخاتم للذي أوصى، والولد بين
نحوه له بالجارية وبين الموصى له بالولد مصير، وكذلك الفص والفوصرة،
بإختلاف ذكر في أكثر «شروح الزيادات»، ولم يذكره^(١) فخر الإسلام في «شرح
يدينه»، ولا في «أصوله»؛ لأنّ أما يوسف لم يثبت خلافه في ظاهر الرواية،
بل علم خلافه من رواية «الإمام» كذا ذكر الكزجي^(٢) في «مختصره»
«ما الزيادات»^(٣).

وجه قول أبي يوسف^(٤): أن مرادة بالإيجاب الأول: إيجاب الأمة وخذها
بين ولدًا للموصى له بالأمة؛ بدليل الإيجاب الثاني، وإن كان الكلام مفصولاً
أن توصية لا توجب شيئاً في حالة الحياة للموصى عليه، فكان الكلام المتصل
بمفصول سواء في كونها^(٥) بياناً، كما في الوصية بالرقبة والخدعة، فإن ثمة
لمصل والمتصل سواء.

وجه قول محمد^(٦): أن اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعاً، واسم
حارية يتناولها وما في بطيها، واسم الفوصرة كذلك.

ومن أضلنا: [أن]^(٧) العام يوجب الحكم كالحاص^(٨)، فقد اجتمع إذن في
عن وصيتان، فيكون بينهما، ولا يكون إيجاب الوصية للثاني رجوعاً عن
أول، كما لو أوصى بالخاتم للثاني؛ لا يكون ذلك رجوعاً عن الأول، بل يكون
عن بينهما، فكذا هذا، بخلاف الخدعة مع الرقبة، بأن أوصى برقبة العبد

وقع بالأصل: «يذكر» - والمثبت من «١»، «٢»، «٣»، «٤»، «٥»، «٦»، «٧»، «٨»، «٩»، «١٠»، «١١»، «١٢».

^(١) وقع بالأصل «كدامي» «الزيادات» - والمثبت من «١»، «٢»، «٣»، «٤»، «٥»، «٦»، «٧»، «٨»، «٩»، «١٠»، «١١»، «١٢».

^(٢) وقع بالأصل «كروها» - والمثبت من «١»، «٢»، «٣»، «٤»، «٥»، «٦»، «٧»، «٨»، «٩»، «١٠»، «١١»، «١٢».

^(٣) ما بين المعطوفين: زيادة من «١»، «٢»، «٣»، «٤»، «٥»، «٦»، «٧»، «٨»، «٩»، «١٠»، «١١»، «١٢».

^(٤) وقع بالأصل «على الحاص» - والمثبت من «١»، «٢»، «٣»، «٤»، «٥»، «٦»، «٧»، «٨»، «٩»، «١٠»، «١١»، «١٢».

لإسائه، وبخدمته لآخر؛ يكون ذلك كما أوصى، ولا يكون الخدمة مُشبهًا
ببعضهما؛ لأنَّ اسم الرِّقبة لا يتناول الخدمة، ولكن إنما يستخدمة الموصى له بالخدمة،
لأنَّ المَنْقَعَةَ تَحْدُثُ عَلَى مِلْكِهِ، ولا حقَّ للمعير فيه، فإذا أوصى بالخدمة لغيره لا
يَتَقَيُّ للموصى له بِالرِّقْبَةِ حَقٌّ فِي الْخِدْمَةِ، فكان الموصى له أخضع بالخدمة، بخلاف
ما إذا كان الكلام موصولاً؛ لأنَّه بمنزلة دليل التخصيص والاستثناء، وذلك بأنَّ
مُعَيَّرَ، فيصحُّ بشرط الوصل، فكان الحلقة لصاحب الحاتم والفص لصاحبه.

وأوردَ الفقيه أبو الليث رحمته الله سؤالا و جوابا في كتاب «نكت الوصايا»؛ فإن
قيل: الَّذِي أَوْصَى لَهُ بِالْحَاتِمِ فَقَدْ أَوْصَى لَهُ بِالْفَصِّ أَيْضًا؛ لأنَّ الفص من الحاتم،
فَلِمَ لَا يَكُونُ الْفَصُّ بَيْنَهُمَا نَصْفَيْنِ؟!

قِيلَ لَهُ: لِأَنَّ صَاحِبَ الْفَصِّ وَصِيَّتُهُ بِالْفَصِّ مَقْصُودٌ ٨١ ٤٣٠ ٢٠ إِلَيْهِ، وَوَصِيَّةُ
الْآخَرِ عَلَى وَحْدِهِ التَّعْيِ، فَصَارَ حِينَئِذٍ وَصِيَّةُ صَاحِبِ الْفَصِّ أَقْوَى؛ لِأَنَّهُ مَقْصُودٌ إِلَيْهِ،
فَوَجَّهَتْ أَنْ يَكُونَ هُوَ أَوْلَى؛ لِأَنَّ فِي الْوَصَايَا يُعْتَبَرُ الْأَقْوَى فَالْأَقْوَى؛ وَلِهَذَا كَانَ
الْعَنْقُ الْمَوْقُوعُ فِي الْعَرَصِ أَقْوَى مِنْ سَائِرِ الْوَصَايَا.

وقال الفقيه أبو الليث رحمته الله في بيان قول محمد رحمته الله: «كُلُّ شَيْءٍ لَا يَحْتَمِلُ
الِاسْتِثْنَاءَ يَكُونُ النَّاعِ لِلَّذِي أَوْصَى، وَكُلُّ شَيْءٍ يَحْتَمِلُ الْإِسْتِثْنَاءَ يَكُونُ النَّاعِ بَيْنَهُمَا
نَصْفَيْنِ، وَالْخِدْمَةُ لَا تَحْتَمِلُ الْإِسْتِثْنَاءَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ بِهَذَا الْعَدْلَ لَعَلَّابَ لَا
خِدْمَتَهُ؛ كَانَتْ الزُّصِيَّةُ جَائِزَةً، وَالِاسْتِثْنَاءُ مَاطِلًا، وَفِي الْحَاتِمِ وَالْحَارِيَةِ حَرَجُ
الِاسْتِثْنَاءِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ بِهَذِهِ الْحَارِيَةِ إِلَّا مَا فِي بَطْنِهَا، أَوْ بِهَذَا الْحَاتِمِ إِلَّا
فَصَّهُ؛ جَارَ الْإِسْتِثْنَاءُ.

فإذا كان الأصل هذا؛ فإذا أوصى بالعد لرخل، فهو أراد استثناء الخدمة لا

بِخِلَافِ الْخِدْمَةِ مَعَ الرَّقَبَةِ لِأَنَّ اسْمَ الرَّقَبَةِ لَا يَتَنَاوَلُ الْخِدْمَةَ وَإِنَّمَا يَسْتَحْدِمُهُ
مُوصِي لَهُ بِحُكْمِ أَنَّ الْمَنْفَعَةَ حَصَلَتْ عَلَى مِلْكِهِ ، فَإِذَا أَوْجَبَ الْخِدْمَةَ لِعَبْدِهِ لَا
يَتَنَبَّهُ لِلْمُوصِي لَهُ فِيهِ حَقٌّ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْكَلَامُ مُوَصُولًا لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ
تُخْصِصِ وَالِاسْتِثْنَاءِ ، فَكَيْفَ أَنَّهُ أَوْجَبَ لِصَاحِبِ الْخَاتَمِ الْخَلْقَةَ خَاصَّةً دُونَ
نَفْسٍ .

وَمَنْ أَوْصَى لِآخَرَ بِشَمْرَةٍ بُسْتَانِيَةٍ ، ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ ؛ فَلَهُ هَذِهِ الشَّمْرَةُ
وَحِذَاهَا ، وَإِنْ قَالَ لَهُ : ثَمَرَةُ بُسْتَانِيٍّ أَبَدًا ؛ فَلَهُ هَذِهِ الشَّمْرَةُ ، وَثَمَرَتُهَا فِيمَا يَسْتَقْبِلُ
مَا عَاشَ ، وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِغَلَّةٍ بُسْتَانِيَةٍ ؛ فَلَهُ الْغَلَّةُ الْقَائِمَةُ ، وَغَلَّتُهَا فِيمَا يَسْتَقْبِلُ .



قَوْلُهُ : (قَالَ : وَمَنْ أَوْصَى لِآخَرَ بِشَمْرَةٍ بُسْتَانِيَةٍ ، ثُمَّ مَاتَ وَفِيهِ ثَمَرَةٌ ؛ فَلَهُ هَذِهِ
شَمْرَةُ وَحِذَاهَا ، وَإِنْ قَالَ لَهُ : ثَمَرَةُ بُسْتَانِيٍّ أَبَدًا ؛ فَلَهُ هَذِهِ الشَّمْرَةُ ، وَثَمَرَتُهَا فِيمَا يَسْتَقْبِلُ
مَا عَاشَ ، وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِغَلَّةٍ بُسْتَانِيَةٍ ؛ فَلَهُ الْغَلَّةُ الْقَائِمَةُ ، وَغَلَّتُهَا فِيمَا يَسْتَقْبِلُ) ، أَيِ :
قَدْ فِي « الْجَامِعِ الصَّغِيرِ » (١) .

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْغَلَّةِ وَالشَّمْرَةِ : فِي أَنَّ الْغَلَّةَ تَتَنَاوَلُ الْمَوْجُودَ وَالْحَادِثَ جَمِيعًا ،
سواءً ذَكَرَ لَفْظَ الْأَبَدِ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ ، وَالشَّمْرَةُ تَتَنَاوَلُ الْمَوْجُودَ لَا الْحَادِثَ ، إِلَّا إِذَا ذَكَرَ
الْأَبَدَ ، فَحِينَئِذٍ يَتَنَاوَلُ الْحَادِثَ أَيْضًا ، وَهُوَ أَنَّ اسْمَ الْغَلَّةِ حَقِيقَةُ الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ
جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ الْغَلَّةَ اسْمٌ لِمَا يَدِرُّ وَقْتًا دُونَ وَقْتٍ .

يُقَالُ : غَلَّةُ الدَّارِ ، وَغَلَّةُ الْحَانُوتِ ، وَيُرَادُ بِهِ ذَلِكَ ، فَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَنْصَرَفُ
إِلَى الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ جَمِيعًا الْقَائِمِ وَقْتُ الْمَوْتِ ، وَالشَّمْرَةُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَتَنَاوَلُ
الْمَوْجُودَ ، وَلَا يَتَنَاوَلُ غَيْرَهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ ، فَإِذَا قَالَ : أَبَدًا ، أَوْ مَا عَاشَ (٢) عَلِمْنَا أَنَّهُ أَرَادَ

(١) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه «الجامع الكبير» [ص/٥٢٧]

(٢) ونع بالأصل «أو ما عاش» . والمشتق من «أبد» ، و«أبدًا» ، و«ع» ، و«أ» .

وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِصُوفٍ غَنَمِهِ أَبَدًا، أَوْ بِأَوْلَادِهَا، أَوْ بِبَلِيَّهَا، ثُمَّ مَاتَ؛
 مَا فِي بَطُونِهَا مِنَ الْوَلَدِ، وَمَا فِي ضُرُوعِهَا مِنَ اللَّبَنِ، وَمَا عَلَى ظُهُورِهَا مِنَ
 الصُّوفِ يَوْمَ يَمُوتُ الْمُوصِي سَوَاءٌ قَالَ: أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ؛ لِأَنَّهُ إِيْجَابٌ عِنْدَ
 الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ قِيَامُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَوْمَئِذٍ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ.

عنه السيد

كَمَا قَالُوا فَيَمُنُّ أَوْصَى لَوْلِيٍّ فَلَانٍ، وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ: جَازَتْ الْوَصِيَّةُ لَوْلِيٍّ وَلِيٍّ،
 بِكَذَلِكَ هَاهُنَا.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِصُوفٍ غَنَمِهِ أَبَدًا، أَوْ بِأَوْلَادِهَا، أَوْ بِبَلِيَّهَا،
 [ثُمَّ مَاتَ] ^(١))؛ قُلَّةٌ مَا فِي بَطُونِهَا مِنَ الْوَلَدِ [٢/٥٢٧/٨]، وَمَا فِي ضُرُوعِهَا مِنَ اللَّبَنِ،
 وَمَا عَلَى ظُهُورِهَا مِنَ الصُّوفِ يَوْمَ يَمُوتُ الْمُوصِي سَوَاءٌ قَالَ: أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ)،
 إِنِّي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ^(٢).

وَالْفَرْقُ بَيْنَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ - حَيْثُ لَا يَتَنَاقَلُ الْحَادِثُ وَإِنْ ذَكَرَ الْأَبَدَ - وَبَيْنَ مَا
 تَقَدَّمَ [مِنَ الْوَصِيَّةِ] ^(٣) بِشَرَةِ الْبَشَرَانِ إِذَا ذَكَرَ الْأَبَدَ يَقَعُ عَلَى الْحَادِثِ أَيْضًا، وَكَذَا
 الْوَصِيَّةُ بِالْعَلَّةِ يَقَعُ عَلَى الْحَادِثِ أَيْضًا ذَكَرَ الْأَبَدَ أَوْ لَمْ يَذْكُرْ: - هُوَ أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْتِي
 تَمْلِكُ الْمَعْدُومِ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ؛ لِأَنَّ الْمَعْدُومَ لَا يَقْبَلُ التَّمْلِيكَ، وَالْحَادِثُ مِنْهَا
 مُتَوَلَّدٌ مِنْ أَصْلِ مَمْلُوكٍ لِلْوَارِثِ، فَيَكُونُ لَهُ، إِلَّا أَنْ اسْتَحَقَّاقَ الْعَلَّةِ الْمَعْدُومَةِ وَالشَّرَةِ
 الْمَعْدُومَةِ جَازَ شَرْعًا بِعَقْدٍ مِنَ الْعَقُودِ، كَالْإِجَارَةِ وَالْمُعَامَلَةِ، فَجَازَ اسْتَحَقَّاقُهَا
 بِالْوَصِيَّةِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ بَابَ الْوَصِيَّةِ أَوْسَعُ مِنْ غَيْرِهَا.

فَأَمَّا الصُّوفُ الْمَعْدُومُ وَالْوَلَدُ وَاللَّبَنُ الْمَعْدُومَانِ: لَا يَصِحُّ اسْتَحَقَّاقُهَا [أَصْلًا] ^(٤)

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من «ن»، و«م»، و«ما»، و«غ»، و«ر».

(٢) بظ. «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٥٢٧].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من «ن»، و«م»، و«ما»، و«غ»، و«ر».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ما»، و«غ»، و«ر».

وَالْفَرْقُ أَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَى تَمْلِيكَ الْمَعْدُومِ لِأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ الْمِلْكُ، إِلَّا أَنْ فِي الثَّمَرَةِ وَالْعَلَّةِ الْمَعْدُومَةِ جَاءَ الشَّرْعُ بِوُرُودِ الْعَقْدِ عَلَيْهَا كَالْمُعَامَلَةِ وَالْإِجَارَةِ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ جَوَازَهُ فِي الْوَصِيَّةِ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِيِّ لِأَنَّ بَابَهَا أَوْسَعُ.

في حاشية السيد

بَعْدَ مَا، فَلَمْ يَصَحَّ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الْوَصِيَّةِ أَيْضًا.

فَأَمَّا الْمَوْجُودُ مِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ: يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الْبَيْعِ تَبَعًا، وَبِعَقْدِ الْخُلْعِ مَقْصُودًا، فَجَازَ بِعَقْدِ الْإِيصَاءِ أَيْضًا.

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله فِي كِتَابِ «نَكْتِ الْوَصَايَا»: «وَلَوْ أَوْصَى بِصُوفٍ غَنَمِهِ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ إِذَا كَانَ عَلَى ظَهَرِهَا صُوفٌ وَقَتَ مَوْتِ الْمُوصِي، لِأَنَّهُ يَجْرِي فِيهِ الْمِيرَاثُ، فَكَذَلِكَ تَحُوزُ فِيهِ الْوَصِيَّةُ، وَلَوْ أَوْصَى بِالصُّوفِ الَّذِي يَخْذُثُ بَعْدَ مَوْتِهِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَلَيْسَ الصُّوفُ وَاللَّبَنُ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَرَةِ».

قَالَ: «قَالَ: وَهَذَا وَالْعَلَّةُ فِي الْقِيَاسِ سَوَاءٌ، وَلَكِنْ أَسْتَحْسِنُ وَأَدْعُ الْقِيَاسَ فِيهِ». ثُمَّ قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله: «وَلَمْ يُبَيِّنْ جَوَابَ الْقِيَاسِ كَيْفَ هُوَ؟ فَاحْتَمَلَ أَنْ فِي الْقِيَاسِ: الْعَلَّةُ وَالصُّوفُ سَوَاءٌ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْذُثُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَاحْتَمَلَ أَنْ فِي الْقِيَاسِ: تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ فِيهِمَا جَمِيعًا.

فَأَمَّا وَجْهُ الْقِيَاسِ: أَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ فِيمَا يَخْذُثُ بَعْدَ الْمَوْتِ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ كُلِّهَا، لِأَنَّهُ لَمَّا مَاتَ صَارَ مِلْكُهُ لَوَرَثَتِهِ، فَقَدْ حَدَثَ الْعَلَّةُ وَالصُّوفُ عَلَى مِلْكِ الْوَرَثَةِ، فَصَارَتْ الْوَصِيَّةُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ، وَالْوَصِيَّةُ فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بَاطِلٌ.

وَأَمَّا الْقِيَاسُ الَّذِي نَقُولُ: يَجُوزُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، لِأَنَّ الْوَرَثَةَ قَدْ مَلَكَوْا ذَلِكَ بِالْمَالِ مَشْغُولًا بِحَقِّ الْوَصِيَّةِ، فَلَوْ أَنَّهُ جَعَلَ رَقَبَةَ الْبُسْتَانِ أَوْ رَقَبَةَ الْغَنَمِ لِلْمُوصَى لَهُ جَازَ ذَلِكَ إِذَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ، كَذَلِكَ إِذَا أَوْصَى بِمَا تَوْلَدَ مِنْهُ جَازَ ذَلِكَ.

وَأَمَّا فِي الْأَسْتِحْسَانِ يُقَالُ: إِذَا أَوْصَى بِالْعَلَّةِ أَوْ الثَّمَرَةِ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ فِيمَا يَخْذُثُ

«أما الولد»

مذمومته، ولا يجوز في [٣/٤١٩هـ] [٨/٣٢٢/٢] الصوف واللبن والولد، إلا أن يكون موجوداً وقت الموت؛ لأن الوصية بالثمرّة والغلة له^(١) نظير من العقود في الحياة. وأما اللبن والصوف: فلا نظير لها من العقود في الحياة^(٢)، ألا ترى أن المعاملة تجوز في الثمر الذي يتخذ في المستأنف، ولا تجوز في الصوف واللبن والولد، فكذلك الوصية.

والحاصل هنا: ما قاله الإمام الأشيبنجابي في «شرح الطحاوي» رحمته فقال: «وإذا وصى بغلة بستانه أو بغلة عبده؛ فهذا على ثلاثة أوجه: في وجه: الوصية تقع على الموجود، ولا تقع على الحادث، سواء ذكر الموصي لفظ «الأبد»، أو لم يذكر. وفي وجه: يقع على الموجود والحادث جميعاً، ذكر «الأبد»، أو لم يذكر، وفي وجه: إن ذكر «الأبد» يقع على الحادث والموجود جميعاً، وإن لم يذكر «الأبد» ينظر: إن كان الثمر موجوداً يقتصر على ذلك الموجود، وإن لم يكن موجوداً يقع على المستحدث، وصار [هذا]^(٣) كما لو ذكر الأبد.

أما الوجه الأول: فهو أن يوصي له بما في بطن دابته، أو بما في بطن جاريته، أو بما في خرع غنمه، أو بقرته، أو بما على ظهر غنمه من الصوف، فهذا كله يقع على الموجود، إن كان وقت الموت موجوداً جازت الوصية، وإن كان وقت الموت معدوماً بطلت الوصية، ولا تقع على الحادث.

وأما الوجه الذي يقع على الحادث والموجود جميعاً ذكر «الأبد» أو لم يذكر: فهو كما إذا [أوصى]^(٣) بغلة بستانه، أو بغلة أرضه، أو بغلة أشجاره، أو

(١) وقع بالأصل: «له»، والمثبت من: «إن»، «و»، «أما»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و».

(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «إن».

(٣) ما بين المعقوفين: زيادة من: «إن»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و»، «و».

أَمَّا الْوَلَدُ الْمَعْدُومُ وَأُخْتَاهُ فَلَا يَجُوزُ إِيْرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا أَصْلًا ، وَلَا تُسْتَحَقُّ بِعَقْدٍ مَا ، فَكَذَلِكَ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَصِيَّةِ ، بِخِلَافِ الْمَوْجُودِ مِنْهَا لِأَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُهَا بِعَقْدِ الْبَيْعِ تَبَعًا وَيَعْقِدُ الْخُلْعُ مَقْصُودًا ، فَكَذَا بِالْوَصِيَّةِ ، وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

❦ نهاية البيان ❦

بِغَلَّةِ عَبْدِهِ ، أَوْ سُكْنَى دَارِهِ ، أَوْ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ ، فَهَذَا كُلُّهُ يَقَعُ عَلَى الْحَادِثِ وَالْمَوْجُودِ جَمِيعًا ، وَيَقَعُ ذَلِكَ عَلَى الْأَبَدِ ، وَتَكُونُ الْغَلَّةُ وَالْخِدْمَةُ وَالسُّكْنَى لِلْمُوصِي لَهُ مَا دَامَ حَيًّا ، فَإِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهُ لَا يَكُونُ مَوْرُوثًا عَنْهُ ، وَتَبْطُلُ وَصِيَّتُهُ ، وَيَعُودُ ذَلِكَ إِلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي ، وَيُتَعَبَّرُ هَاهُنَا خُرُوجُ الْبُسْتَانِ ، وَخُرُوجُ الدَّارِ وَالْعَبْدِ مِنَ الثَّلَاثِ ، فَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ كَانَ لَهُ غَلَّتُهُ وَخِدْمَتُهُ وَسُكْنَاهُ ، وَإِنْ كَانَ لَا يَخْرُجُ فَيَقْدَرُ مَا يَخْرُجُ يَكُونُ لَهُ غَلَّتُهُ وَخِدْمَتُهُ وَسُكْنَاهُ .

وَأَمَّا الْوَجْهُ الثَّلَاثُ : فَهُوَ مَا إِذَا أَوْصَى بِثَمَرَةِ بُسْتَانِهِ ، أَوْ بِثَمَرَةِ أَرْضِهِ ، يُنْظَرُ : إِنْ ذَكَرَ لَفْظَ «الْأَبَدِ» وَقَعَ عَلَى الْحَادِثِ وَالْمَوْجُودِ جَمِيعًا ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ «الْأَبَدَ» فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ ثَمَرَةٌ مَوْجُودَةٌ فَإِنَّهُ يَقْتَصِرُ عَلَى تِلْكَ الثَّمَرَةِ الْمَوْجُودَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ ثَمَرَةٌ مَوْجُودَةٌ فَالْقِيَاسُ أَنْ تَبْطُلَ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الصُّوفِ وَاللَّبَنِ وَالْوَلَدِ .

وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ : يَقَعُ عَلَى الْحَادِثِ ، وَيَصِيرُ كَمَا لَوْ ذَكَرَ [٨/٣٢٢م] الْأَبَدَ ، وَالْمُوصِي لَهُ مَا دَامَ حَيًّا فَمَا يَخْذُلُ مِنَ الثَّمَارِ يَكُونُ لَهُ ، فَإِذَا مَاتَ بَطَلَتْ وَصِيَّتُهُ ، وَعَادَ إِلَى وَرَثَةِ الْمَيِّتِ ، وَالثَّمَارُ الْقَائِمَةُ تَكُونُ مَوْرُوثَةً عَنْهُ ^(١) . كَذَا ذَكَرَ فِي «الشرح الطحاوي» .

قَوْلُهُ : (وَأُخْتَاهُ) ، أَيُ : أُخْتَا الْوَلَدِ الْمَعْدُومِ ، وَهُمَا الصُّوفُ الْمَعْدُومُ ، وَاللَّبَنُ الْمَعْدُومُ .

وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ .

(١) ينظر 'الشرح مختصر الطحاوي' للأسيهجاوي [٣١٧/ف] .

بَابُ وَصِيَّةِ الذَّمِّيِّ

قَالَ: وَإِذَا ضَعَّ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بَيْعَةً أَوْ كَنِيْسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ فَهُوَ مِيرَاثٌ؛ لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْوَقْفِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْوَقْفُ عِنْدَهُ يُورَثُ وَلَا يَلَرُمُ كَذَا هَذَا. وَأَمَّا عِنْدَهُمَا فَلِأَنَّ هَذِهِ مَعْصِيَةٌ فَلَا تَصِحُّ عِنْدَهُمَا.

عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ

بَابُ وَصِيَّةِ الذَّمِّيِّ

[٥٥٠٠ ر]

دَكَرَ وَصِيَّةَ الذَّمِّيِّ بَعْدَ وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّ الْكُفَّارَ مُلْحَقُونَ بِالْمُسْلِمِينَ فِي أَحْكَامِ الْمَعَامَلَاتِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ). وَإِذَا ضَعَّ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ بَيْعَةً أَوْ كَنِيْسَةً فِي صِحَّتِهِ ثُمَّ مَاتَ يَهُودِيٌّ (مِيرَاثٌ)، أَيُّ: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١).

وَهَذَا قَوْلُهُمْ جَمِيعًا، وَلَكِنْ عَلَى الْإِخْتِلَافِ فِي الْمَذْهَبَيْنِ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَحِي: فَلِأَنَّ مُسْلِمًا لَوْ وَقَّفَ أَرْضًا فِي حَيَاتِهِ ثُمَّ مَاتَ صَارَ مِيرَاثًا، فَكَذَلِكَ هَذَا؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَيْسَ بِإِلَازِمٍ حَالَةَ الْحَيَاةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ مُضَافًا إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ^(٢)، وَلَا يُجْعَلُ هَذَا كَمَا إِذَا جَعَلَ دَارَهُ مَسْجِدًا وَسَلَّمَهُ إِلَى الْمُتَوَلَّى؛ حَيْثُ لَا يَكُونُ مِيرَاثًا؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ قَدْ خَرَجَ مِنْ مَنَافِعِ الْآدَمِيِّينَ وَصَارَ مُخَرَّرًا لِلَّهِ تَعَالَى.

وَأَمَّا الْبَيْعَةُ: فَلَمْ تَخْرُجْ مِنْ مَنَافِعِهِمْ؛ لِأَنَّهُ يَسْكُنُ فِيهَا أَسَاقِفَتُهُمْ، وَيُذَقُّ فِيهَا مَوْتَاهُمْ، فَصَارَ ذَلِكَ كَالْوَقْفِ مِنَ الْمُسْلِمِينَ.

(١) يَطْرُقُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ النَّافِعِ الْكَبِيرِ [ص/٥٢٧].

(٢) بَأَنَّ يَقُولُ. إِذَا مِتُّ فَقَدْ أَوْقَفْتُ دَارِي عَلَى كَذَا. كَذَا جَاءَ فِي حَاشِيَةِ: «م».

ولو أوصى بذلك لقوم مُسمَّين ؛ فهو من الثلث معناه إذا أوصى أن تُبنى داره بيعة أو كنيسة فهو جائز من الثلث ؛ لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التملك ، وله ولاية ذلك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين .

قال : وإن أوصى بداره كنيسة لقوم غير مُسمَّين ؛ جازت الوصية عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد : الوصية باطلة ؛ لأن هذه مَعْصِيَةٌ حَقِيقَةٌ وَإِنْ كَانَ فِي مُعْتَقَدِهِمْ قُرْبَةٌ ، وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَعْصِيَةِ بَاطِلَةٌ لِمَا فِي تَنْفِيزِهَا مِنْ تَقْرِيرِ الْمَعْصِيَةِ .

﴿ عَنِ ابْنِ سَبَرٍ ﴾

وأما عندهما : فَإِنَّمَا يُورَثُ ؛ لِأَنَّ الْإِبْصَاءَ بِهَا [لا] ^(١) يَكُونُ قُرْبَةً مِنَ الْمُسْلِمِينَ لَا يَصِحُّ عَنْدهُمَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ ، وَهَذَا أَوْلَى .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَمَنْ أَوْصَى بِذَلِكَ لِقَوْمٍ مُسَمَّينَ : فَهُوَ مِنَ الثَّلَاثِ) ، أَي : قَالَ فِي «الجامع الصغير» ^(٢)

يعني : إذا أوصى بأن تُبنى داره بيعة أو كنيسة ، فهو جائز من الثلث ؛ وذلك لأن الوصية لقوم بأعيانهم تملك ، والدُّمِيُّ يَمْلِكُ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَوْصَى بِغَيْرِ الْبَيْعَةِ وَالْكَنِيسَةِ ، وَإِذَا صَارَ مِلْكًا لَهُمْ يَصْنَعُونَ بِهِ مَا شَاءُوا .

قَوْلُهُ : (عَلَى اعْتِبَارِ الْمَعْنَيْنِ) ، أَي : مَعْنَى الاسْتِخْلَافِ وَمَعْنَى التَّمْلِكِ

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِنْ أَوْصَى بِدَارِهِ كَنِيسَةً لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسَمَّينَ ؛ جَازَتْ الْوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ) .

اعلم : أَنَّ الدُّمِّيَّ إِذَا أَوْصَى بِبِنَاءِ [بَيْعَةٍ أَوْ] ^(٣) كَنِيسَةٍ ، أَوْ بَيْتِ نَارٍ ، فَإِنْ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ ؛ صَحَّتْ بِالِاتِّفَاقِ ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ آنفًا ، وَإِنْ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمْ

(١) ما بين المعقوفين زيادة من «ن» ، و«م» ، و«أ» ، و«ع» ، و«ر» .

(٢) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه ، الدافع الكبير [ص / ٥٢٨] .

(٣) ما بين المعقوفين ، زيادة من : «ن» ، و«م» ، و«أ» ، و«ع» ، و«ر» .

وله أَنَّ هَذِهِ قُرْبَةٌ فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَنَحْنُ أَمَرْنَا بِأَنْ تَتْرُكَهُمْ وَمَا يَدِينُونَ فَتَجُوزُ بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِمْ؛ أَلَا يُرَى أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةٌ مَعْصِيَةٌ [٥/٢٩١] بِنِي مُعْتَقَدِهِمْ لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ اعْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ فَكَذَا عَكْسُهُ.

ثُمَّ الْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ بِنَاءِ الْبَيْعَةِ وَالْكَنَيْسَةِ وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ بِهِ أَنَّ الْبِنَاءَ نَفْسُهُ لَيْسَ بِسَبَبٍ لِرُزَالِ مِلْكِ الْبَائِي^(١).

غاية البعد

حَارِثٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله خِلَافًا لَهُمَا.

لَهُمَا: أَنَّ هَذِهِ وَصِيَّةٌ بِالْمَعْصِيَةِ، فَلَا يَحُوزُ تَصَحُّيْحُهَا؛ لِأَنَّ فِي تَصَحُّيْحِهَا تَقْرِيرُ الْمَعْصِيَةِ، وَإِنَّهَا حَرَامٌ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله: أَنَا أَمَرْنَا بِتَرْكِهِمْ وَمَا يَدِينُونَ، كَمَا فِي الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، حَيْثُ يَجُوزُ بَيْنَهُمْ فِيمَا بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ يَدِينُونَ [٢/٣٢٣/٨] جَوَازَ ذَلِكَ، وَهُمْ يَدِينُونَ جَوَازَ الْإِيصَاءِ بِنَبَاءِ الْبَيْعَةِ وَالْكَنَيْسَةِ، فَيَجُوزُ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِمْ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لِنَبِيِّ اللَّهِ هُوَ قُرْبَةٌ [عِنْدَنَا يَكُونُ الْإِيصَاءُ بِهِ بَاطِلًا، إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ قُرْبَةً عِنْدَهُمْ بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِمْ، كَالْإِيصَاءِ بِالْحَجِّ، وَالَّذِي^(٢) هُوَ قُرْبَةٌ عِنْدَهُمْ، وَمَعْصِيَةٌ عِنْدَنَا: بِمَعْنَى أَنْ يَجُوزَ أَيْضًا بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِمْ، كَمَا فِي بَيْعِ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ فِيمَا بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ جَائِزٌ فِي أَحْكَامِهِمْ، فَكَذَلِكَ هَذَا.

ثُمَّ الْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله بَيْنَ بِنَاءِ الْبَيْعَةِ وَالْكَنَيْسَةِ - فَإِنَّ الدُّمِّيَّ إِذَا بَنَى ذَلِكَ ثُمَّ مَاتَ يُورَثُ، وَبَيْنَ الْإِيصَاءِ بِنَاءً ذَلِكَ، فَإِنَّهُ إِذَا مَاتَ لَا يُورَثُ -: هُوَ أَنَّ الْبِنَاءَ يَسَّرَ [٥٥٠/٣] بِسَبَبٍ لِرُزَالِ الْمِلْكِ، وَإِنَّمَا يَزُولُ الْمِلْكُ بِالْبِنَاءِ إِذَا كَانَ مُحَرَّرًا لِلَّهِ نَعَالِي كَمَا فِي الْمَسْجِدِ، وَالْكَنَيْسَةِ لَيْسَتْ مُحَرَّرَةً لِلَّهِ نَعَالِي.

(١) بِالْأَصْلِ: «الْبَائِي».

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: رِيَادَةٌ مِنْ: «فَر»، وَ«يُطْلَقُ»، وَ«عَ»، وَ«رَ».

وإنما يرول ملكه بأن يصير محرراً حالصاً لله تعالى كما في مناجيد
المسلمين، والكيسة لم نصر محررة لله تعالى حقيقة فتبقى ملكاً للنبي فتورث
عنه، ولأنهم يتولونها فيها المحررات وينكثونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به،
وفي هذه الصورة يورث المنجد أيضاً لعدم تحرره، بخلاف الوصية لأنه وضع
لإزالة الملك إلا أنه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قرينة عندهم فتبقى بيتاً
هو قرينة على مقتضاه يرول ملكه ولا يورث.

الا ترى أن مقتضى ورثاتهم ينكثون بها كما في المحررات، فيدور
فيها موتاهم، والمنجد أيضاً إذا لم يكن حالصاً لله تعالى يورث، كما إذا حمل
دائرة مسجداً واحة سرداب أو قوفة بيت، وفد مر ذلك في كتاب الوقف، والوصية
سبب لروال الملك، لأنها تعينك مصاف إلى ما بعد الموت، وإنما امتنع ثبوت
مقتضى الوصية - وهو رول الملك فيما ليس بقرينة عندهم - بناءً على اعتقادهم،
فتثبت الوصية فيما هو عندهم قرينة على مقتضاها، فالملك بالأيضاء بناءً على البيعة
أو الكيسة، فلم يكن ميراثاً.

قال في «الريادات البرهانية»: «قال شيخنا رحمه الله هذا الحواش على قول أبي
خليفة رحمه الله: إذا أوصى ساء بيعة أو كيسة في القرى، أما إذا أوصى به في الأمصار
لا تنفذ وصيته، لأنهم يمنعون عن إحداث الكنائس في الأمصار».

قوله: (لأنه وضع)، إلى آخره، الصمير البارز في []: (لأنه) والمشتق
في: (وضع) والصمير البارز في (مقتضاه) في الموصفين، والمشتق في قوله
(فتبقى) كل ذلك راجع إلى الوصية بتأويل الإيضاء.

(١) ومع - لأصل الكبة أو الكمة - واستث من ١٠، ١١، ١٢، ١٣، ١٤، ١٥، ١٦، ١٧، ١٨، ١٩، ٢٠، ٢١، ٢٢، ٢٣، ٢٤، ٢٥، ٢٦، ٢٧، ٢٨، ٢٩، ٣٠، ٣١، ٣٢، ٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ٣٩، ٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٥، ٤٦، ٤٧، ٤٨، ٤٩، ٥٠، ٥١، ٥٢، ٥٣، ٥٤، ٥٥، ٥٦، ٥٧، ٥٨، ٥٩، ٦٠، ٦١، ٦٢، ٦٣، ٦٤، ٦٥، ٦٦، ٦٧، ٦٨، ٦٩، ٧٠، ٧١، ٧٢، ٧٣، ٧٤، ٧٥، ٧٦، ٧٧، ٧٨، ٧٩، ٨٠، ٨١، ٨٢، ٨٣، ٨٤، ٨٥، ٨٦، ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦، ٩٧، ٩٨، ٩٩، ١٠٠، ١٠١، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، ١١٧، ١١٨، ١١٩، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١، ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، ١٤٩، ١٥٠، ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١

ثُمَّ الْحَاصِلُ . أَنَّ وَصَايَا الذَّمِّي عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ :

مِنْهَا أَنْ تَكُونَ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ وَلَا تَكُونَ قُرْبَةً فِي حَقِّهَا وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَمَا إِذَا أَوْصَى الذَّمِّي بِأَنْ تُذْبَحَ خَنَازِيرُهُ وَتُطْعَمَ الْمُشْرِكِينَ ، وَهَذِهِ عَلَى الْخِلَافِ إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ غَيْرِ مُسْمِنِينَ كَمَا ذَكَرْنَاهُ وَالْوَجْهُ مَا بَيَّنَّاهُ .

وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَى بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّهَا وَلَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي مُعْتَقَدِهِمْ ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِالْحَجِّ أَوْ بِأَنْ يُبْنَى مَسْجِدٌ لِلْمُسْلِمِينَ أَوْ بِأَنْ يُسْرَجَ فِي مَسَاجِدِ الْمُسْلِمِينَ ، فَهَذِهِ الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ بِالْإِجْمَاعِ اغْتِبَارًا لِاعْتِقَادِهِمْ ، إِلَّا إِذَا كَانَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ لَوْ قُوعِهِ تَمْلِيكًا لِأَنَّهُمْ مَعْلُومُونَ وَالْجِهَةُ مَشُورَةٌ^(١) .

❦ عَمْدُ الْبَيْتِ ❦

قَوْلُهُ : (ثُمَّ الْحَاصِلُ : أَنَّ وَصَايَا الذَّمِّي عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ) .

قَالُوا فِي «شرح الجامع الصغير» : وَصَايَا الذَّمِّي عَلَى أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ :

الْأَوَّلُ : أَنْ يُوصَى بِمَا هُوَ مَعْصِيَةٌ عَلَيْنَا ، طَاعَةٌ عِنْدَهُمْ ، كَالْوَصِيَّةِ بِنَاءِ الْبَيْعَةِ ، أَوْ الْكَيْسَةِ ، أَوْ بَيْتِ بَارٍ ، وَهِيَ مَسْأَلَةُ «الجامع الصغير»^(٢) ، فَإِنْ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ ، صَحَّتْ بِالْإِجْمَاعِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمْ ، فَالْمَسْأَلَةُ عَلَى الْاِخْتِلَافِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ ، فَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله خِلَافًا لَهُمَا ، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُ ذَلِكَ .

وَجَعَلَ صَاحِبُ «الهداية رحمته الله» مِنْ هَذَا الْقِسْمِ : (مَا إِذَا أَوْصَى بِأَنْ تُذْبَحَ الْخَنَازِيرُ [٨ ٢٢٢ ط ٢] ، وَتُطْعَمَ الْمُشْرِكُونَ) .

وَالثَّانِي : مَا إِذَا أَوْصَى بِمَا هُوَ طَاعَةٌ عِنْدَنَا ، مَعْصِيَةٌ عِنْدَهُمْ ، كَالْوَصِيَّةِ بِنَاءِ الْمَسْجِدِ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَالْإِسْرَاجِ فِي الْمَسَاجِدِ وَالْحَجِّ ، فَإِنْ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ

(١) بِالْأَصْلِ : «مَشُورَةٌ» .

(٢) يَنْظُرُ «الجامع الصغير» مع شرحه «الجامع الكبير» [ص/٥٢٨] .

وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَى بِمَا يَكُونُ قُرْبَةً فِي حَقِّهَا وَفِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِأَنْ يُسْرَجَ فِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ أَوْ يُغَزَى التُّرْكُ وَهُوَ مِنَ الرُّومِ، وَهَذَا جَائِزٌ سَوَاءٌ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ أَوْ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمْ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ حَقِيقَةٌ وَفِي مُعْتَقَدِهِمْ أَيْضًا. وَمِنْهَا إِذَا أَوْصَى بِمَا لَا يَكُونُ قُرْبَةً لَا فِي حَقِّهَا وَلَا فِي حَقِّهِمْ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لِلْمُعْنِيَّاتِ وَالنَّائِحَاتِ، فَإِنَّ هَذَا غَيْرُ جَائِزٍ لِأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ فِي حَقِّهَا وَفِي حَقِّهِمْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ فَيَصِحُّ تَمْلِيكًا وَاسْتِخْلَافًا،

﴿نَهاية النِّهاية﴾

صَحَّتْ، وَيَكُونُ تَمْلِيكًا مِنْهُمْ، وَذَكَرَ (الْجَهَّةُ)، أَيُّ: جِهَةِ الصَّرْفِ (مَشُورَةً)، أَشَارَ بِهَا إِلَيْهِمْ، فَإِنْ شَاءُوا فَعَلُوا، وَإِنْ شَاءُوا تَرَكُوا.

وَأِنْ كَانُوا لَا يُخَصُّونَ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ تَصَحُّحُهَا تَمْلِيكًا فَتَبْطُلُ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِطَاعَةٍ عِنْدَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَتَقَرَّبُونَ بِمِثْلِ هَذَا فِيمَا بَيْنَهُمْ، بَلْ يَعْدُونَ ذَلِكَ فِيمَا بَيْنَهُمْ اسْتِهْزَاءً، فَوَقَعَتْ وَصِيَّتُهُ إِذَنْ عَلَى سَبِيلِ الْهَزْلِ، وَالْوَصِيَّةُ يُبْطِلُهَا الْهَزْلُ.

وَالثَّالِثُ: مَا إِذَا أَوْصَى بِمَا هُوَ قُرْبَةٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُمْ، كَالْوَصِيَّةِ بِالصَّدَقَاتِ، وَعِنَقِ الرِّقَابِ، وَاسْرَاجٍ^(١) بَيْتِ الْمَقْدِسِ، وَأَنْ يُغَزَى التُّرْكُ وَالْدَّيْلَمُ؛ تَصِحُّ هَذِهِ الْوَصِيَّةُ، سَوَاءٌ كَانَتْ لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ، أَوْ لِقَوْمٍ بِغَيْرِ أَعْيَانِهِمْ؛ لِأَنَّ الدِّيَانَةَ مُتَّفَقَةٌ مِنْ الْكُلِّ عَلَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ هَذَا [٥٥١/٣] أَمْرٌ يَتَقَرَّبُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ وَأَهْلُ الذَّمَّةِ جَمِيعًا.

وَالرَّابِعُ: مَا إِذَا أَوْصَى بِمَا هُوَ مَعْصِيَةٌ عِنْدَنَا وَعِنْدَهُمْ، كَالْوَصِيَّةِ لِلْمُعْنِيَّاتِ وَالنَّائِحَاتِ وَالزَّانِيَّاتِ، فَإِذَا أَوْصَى لِقَوْمٍ بِأَعْيَانِهِمْ صَحَّتْ، فَيَكُونُ تَمْلِيكًا مِنْهُمْ، وَإِنْ كَانَتْ لِقَوْمٍ لَا يُخَصُّونَ بَطَلَتْ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ وَلَا يُمَكِّنُ تَصَحُّحُ قُرْبَةٍ؛ لِأَنَّهَا مَعْصِيَةٌ عِنْدَ الْكُلِّ.

(١) وقع بالأصل: «سراج». والمثبت من: «ر».

وصاحته الهوى إن كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلمين
بأننا أمرنا بسناء الأحكام على الطاهر، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون
عن الخلاف المعروف في تصرفاته بين أبي حنيفة وصاحبه.

عامة المسار

قوله: (وصاحته الهوى إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم)،
ذكره^(١) ترميزاً على مسألة «الجامع الصغير».

قال فخر الإسلام البرذوي رحمه الله في «زياداته»^(٢): «والذي يعتق شيئاً من
الأهواء التي لا يكفر أهلها إذا كان يتحلل الإسلام فإنه مثل المسلم في الوصايا
نظام الإسلام، وهم كالمنافقين على عهد النبي ﷺ».

وأما المرتد والمرتدة: فإنهما كأهل الذمة عند أبي يوسف ومحمد رحمهما، وعند
أبي حنيفة رحمه الله المرتد إذا لم يسلم بطل وصاياه، وأما المرتدة: كالذمية عده أيضاً
إلا أن محمداً لم يحفظ النص [عنه]^(٣) في موضع الخلاف في هذا الفصل. إلى
هنا لفظ فخر الإسلام رحمه الله.

وقال شمس الإسلام الأوزجندی رحمه الله في «زياداته»^(٤): «وأما المرتد إذا
أؤذى بما يجوز من المسلم يجوز منه عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه الله يتوقف: إن
أسلم نفذ كسائر تصرفاته، وأما ما لا يجوز من المسلم ويجوز من الذمي فيمنه
باطل، أما عندهما: فلا يجوز من الذمي؛ لكونه معصية، فيمنه أولى».

وعند أبي حنيفة رحمه الله: لا فائدة في الوقف؛ لأنه إن أسلم بطل؛ لكونه

(١) وقع بالأصل «ذكر» والمثبت من ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦، ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٧٢، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٧٧، ١٤٧٨، ١٤٧٩، ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢، ١٤٨٣، ١٤٨٤

وَفِي الْمُرْتَدَّةِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ تَصَحُّ وَصَايَاهَا ؛ لِأَنَّهَا تَبْقَى عَلَى الرَّدَّةِ ، بِحِلَابِ الْمُرْتَدِّ لِأَنَّهُ يُقْتَلُ أَوْ يُسْلِمُ .

قَالَ : وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ ، فَأَوْصَى لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُنْهٌ جَازٍ ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْوَصِيَّةِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ وَلِهَذَا تَنْهَى بِإِجَازَتِهِمْ ،

﴿ غَايَةُ الْمَقْصِدِ ﴾

مَعْصِيَةً ، فَإِنْ قُتِلَ بَطَلَ .

وَأَمَّا الْمُرْتَدَّةُ [٣٢٤/٨] : قَالَ مُحَمَّدٌ رحمته الله : وَصِيَّتُهَا جَائِزَةٌ إِلَّا فِيمَا يَتَقَرَّبُ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى لِقَوْمٍ بغيرِ أَعْيَانِهِمْ ، فَإِنَّا لَا نَحْفَظُ عَنْهُ شَيْئًا ، يَعْنِي : تَقَرَّبَتْ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى فِي الدِّينِ الَّذِي انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ ، وَقِيَاسُ قَوْلِهِ أَنْ تَكُونَ كَالذَّمِّيَّةِ بِجَوْرٍ مِمَّا مَا يَجُوزُ مِنَ الذَّمِّيَّةِ .

وَعِنْدَهُمَا : الصَّحِيحُ أَنَّهَا كَالذَّمِّيَّةِ ، وَوَصِيَّتُهَا فِي الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ لَا تُعْرَفُ فِي قَوْلِهِمَا . إِلَى هُنَا لَقَطُ شَمْسِ الْإِسْلَامِ الْأَوْزَجْنِدِيِّ ^(١) ، وَهُوَ تَلْمِيزُ شَمْسِ الْأَنْبِيَاءِ السَّرَّخْسِيِّ رحمته الله .

قَوْلُهُ : (وَفِي الْمُرْتَدَّةِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ تَصَحُّ وَصَايَاهَا ؛ لِأَنَّهَا تَبْقَى عَلَى الرَّدَّةِ) وَلَا تُقْتَلُ ، فَصَارَتْ كَالذَّمِّيَّةِ فِي صَحَةِ الْوَصِيَّةِ ، وَقَالَ : الْمُرْتَدَّةُ لَا تَصَحُّ وَصِيَّتُهَا بِحِلَابِ الذَّمِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الذَّمِّيَّةَ تُقَرَّرُ عَلَى اعْتِقَادِهَا ، وَالْمُرْتَدَّةُ لَا تُقَرَّرُ عَلَى اعْتِقَادِهَا ؛ لِأَنَّهَا تُجْزَى عَلَى الْإِسْلَامِ بِالْحَبْسِ .

قَوْلُهُ : (قَالَ : وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ ، فَأَوْصَى لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِمَالِهِ كُنْهٌ جَازٍ) ، أَيُّ : قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» ^(٢) .

وَمَعْنَى هَذَا : أَنَّ امْتِنَاعَ نَفْوَذِ الْوَصِيَّةِ فِيمَا إِذَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ ؛

(١) هو : محمود بن عبد العزيز الأوزجندى القاضى الملقب شمس الإسلام . وقد تَقَدَّسَتْ تَرْجُمَتُهُ

(٢) ينظر : «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص / ٥٢٤]

وَلَيْسَ لَوَرَثَتِهِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ لِيَكُونَهُمْ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذْ هُمْ أَمْوَاتٌ فِي حَقِّنا، وَلِأَنَّ حُرْمَةَ مَالِهِ بِإِعْتِبَارِ الْأَمَانِ، وَالْأَمَانُ كَانَ [١/٢٩٥] لِحَقِّهِ لَا لِحَقِّ وَرَثَتِهِ، وَإِنْ كَانَ أَوْصَى بِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ أَخَذَتْ الْوَصِيَّةُ، وَرَدَ الْبَاقِي عَلَى وَرَثَتِهِ وَذَلِكَ مِنْ حَقِّ الْمُتَّامِنِ أَيْضًا.

غاية البيان

ولهذا إذا أجازت^(١) الْوَرَثَةُ ذَلِكَ جازًا، وَلَيْسَ لَوَرَثَةِ الْحَرْبِيِّ^(٢) الدِّينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ حَقٌّ مَرْعِيٌّ عِنْدَنَا، لِأَنَّهُمْ كَالْأَمْوَاتِ فِي حَقِّنا، وَلِأَنَّ ثُبُوتَ الْحُرْمَةِ فِي مَالِ الْحَرْبِيِّ بِسَبَبِ الْأَمَانِ، وَالْأَمَانُ وَقَعَ لِحَقِّهِ لَا لِحَقِّ وَرَثَتِهِ، وَمِنْ حَقِّهِ تَنْفِيذُ وَصِيَّتِهِ لَا إِبْطَالُهَا، هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ [٣/٥٥٥] وَرَثَتُهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ لَمْ تَجْزُ وَصِيَّتُهُ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ إِلَّا بِإِجَارَةِ الْوَارِثِ.

أَلَا تَرَى إِلَى مَا ذَكَرَ شَمْسُ الْأَنْمَةِ السَّرَخْسِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «شرح الشَّيْرِ الْكَبِيرِ»: «فَإِنْ كَانَ وَارِثُ الْمُتَّامِنِ مَعَهُ بِأَمَانٍ فَبِنَا لَمْ تَجْزُ وَصِيَّتُهُ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ إِلَّا بِإِجَارَةِ الْوَرَثَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّ وَارِثِهِ هُنَا مَرْعِيٌّ بِسَبَبِ الْأَمَانِ كَحَقِّهِ».

قَالَ: «فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ^(٣) آخَرُ مِنْ دَارِ الْحَرْبِ شَارَكَ الَّذِي كَانَ حَاضِرًا فِي مِيرَاثِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُوصِي لَهُ إِلَّا الثَّلَاثُ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّتُهُ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ قَدْ بَطُلَ؛ لِعَدَمِ إِحَازَةِ الْوَرَثَةِ، فَبَقِيَ ذَلِكَ مَوْرُوثًا عَنْهُ بَيْنَ جَمِيعِ وَرَثَتِهِ»^(٤).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ كَانَ أَوْصَى بِأَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ أَخَذَتْ الْوَصِيَّةُ، وَيُرَدُّ الْبَاقِي عَلَى وَرَثَتِهِ)، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مَعَ مَا بَعْدَهَا إِلَى آخِرِ الْبَابِ ذُكِرَتْ عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ، وَإِنَّمَا

(١) وقع بالأصل «أجازت». والمثبت من: «ن»، «م»، «و»، «ف»، «غ»، «و».

(٢) وقع بالأصل «الحرب». والمثبت من: «ن»، «م»، «و»، «ف»، «غ»، «و».

(٣) وقع بالأصل «كان الوارث». والمثبت من: «ن»، «م»، «و»، «ف»، «غ»، «و»، وهو الموافق

لما وقع في: «شرح الشَّيْرِ الْكَبِيرِ».

(٤) ينظر: «شرح الشَّيْرِ الْكَبِيرِ» للسرخسي [٢٣٢/٥ - ٢٣٣].

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ مُسْتَأْمَنٌ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ إِذْ هُوَ عَلَى قَصْدِ الرُّجُوعِ وَيُمْكِنُ مِنْهُ، وَلَا يُمْكِنُ مِنْ زِيَادَةِ الْمَقَامِ عَلَى السَّنَةِ إِلَّا بِالْجِزْيَةِ.

وَلَوْ أَوْصَى الذَّمِيُّ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ لَا يَجُوزُ اعْتِبَارًا بِالمُسْلِمِينَ لِأَنَّهُمْ التَّزَمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمُعَامَلَاتِ.

وَلَوْ أَوْصَى لِخِلَافِ مِلَّتِهِ^(١) جَازًا، اعْتِبَارًا بِالْإِرْثِ إِذْ الْكُفْرُ كُلُّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ،

نهاية البيان

مَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ دَارِ الْإِسْلَامِ لَمْ يَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ [دَارِ]^(٢) الْحَرْبِ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ لَتَبَايُنَ الدَّارَيْنِ نَائِبًا فِي قَطْعِ الْعَصْمَةِ وَالْمُؤَالَاةِ.

وَمُحَمَّدٌ عليه السلام قَالَ: الْوَصِيَّةُ تَبْرُعٌ بِالتَّحْلِيكِ ابْتِدَاءً بَعْدَ الْمَوْتِ، فَيُعْتَبَرُ بِالشَّرْعِ فِي حَالِ الْحَيَاةِ كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ، وَذَلِكَ صَحِيحٌ مِنَ الْمُسْلِمِ الْمُسْتَأْمَنِ، فَكَذَا هَذَا^(٣).

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَى الذَّمِيُّ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ لِبَعْضِ وَرَثَتِهِ).

قَالَ فِي «شَرْحِ الْكَافِي»: «وَلَا تَجُوزُ وَصِيَّةُ الذَّمِيِّ بِأَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الذَّمِّ التَّزَمُوا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْمُعَامَلَاتِ، فَكَمَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ، وَالْوَصِيَّةَ لِبَعْضِ الْوَرَثَةِ لَا تَجُوزُ مِنَ الْمُسْلِمِ مُرَاعَاةَ لِحَقِّ وَرَثَتِهِ - فَكَذَلِكَ لَا تَجُوزُ مِنَ الذَّمِيِّ».

قَالَ: «فَإِنْ أَوْصَى لِغَيْرِ أَهْلِ مِلَّتِهِ فَهُوَ جَائِزٌ، لِأَنَّهُمْ أَهْلُ مِلَّةٍ وَاحِدَةٍ فِي حُكْمِ الْإِرْثِ، فَكَذَا فِي حُكْمِ الْوَصِيَّةِ»^(٤).

(١) فِي الْأَصْلِ: «مِثْلُهُ».

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْتَقَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «وَقَا»، «غ»، «ر». وَهُوَ الْمَوَاقِفُ إِمَّا وَقَعَ فِي: «الْمَبْسُوطِ» لِلرَّغِيبِيِّ.

(٣) يَنْظُرُ: «الْمَبْسُوطُ» لِلرَّغِيبِيِّ [٩٣/٢٨].

(٤) يَنْظُرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ [٩٤/٢٨].

وَلَوْ أَوْصَى لِحَرْبِي^(١) فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْإِرْثَ مُنْتَعٍ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ وَالْوَصِيَّةُ أُحْتَتْ.

غاية البيان

قَوْلُهُ: (وَلَوْ أَوْصَى لِحَرْبِي فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَجُوزُ)، أَي: لَوْ أَوْصَى ذِمِّي فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِحَرْبِي فِي دَارِ الْحَرْبِ لَا يَجُوزُ.

وَقَوْلُهُ: (فِي دَارِ الْإِسْلَامِ) ظَرْفٌ لِقَوْلِهِ: (أَوْصَى) لَا لِقَوْلِهِ: (لِحَرْبِي)؛ لِأَنَّ الذَّمِّيَّ تَجُوزُ [٥٥٧/٣] وَصِيَّتُهُ لِمُسْتَأْمِنٍ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ قَبْلَ هَذَا.

قَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «وَأَنَّ أَوْصَى [أَي] ^(٢) الذَّمِّيَّ لِحَرْبِي فِي دَارِ الْحَرْبِ لَمْ تَجْزْ؛ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ بَيْنَهُمَا حَقِيقَةً وَحُكْمًا؛ وَلِهَذَا لَا يَجْزِي التَّوَارِثُ بَيْنَهُمَا» ^(٣).

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ رحمته الله فِي كِتَابِ «نَكْتِ الْوَصَايَا»: «وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ الْحَرْبِ ^(٤) وَهُوَ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَا تَحُورُ الْوَصِيَّةُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَوْ أَوْصَى لِحَرْبِي فِي دَارِ الْحَرْبِ فَلِأَنَّهُ لَا يَحُورُ، فَكَذَلِكَ الذَّمِّيُّ؛ لِأَنَّ الذَّمِّيَّ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَلَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَرْبِيِّ تَوَارِثٌ وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ مِلَّتِهِ، فَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ».

وَقَالَ [٨/٣٢٥] فِي «شرح السَّيَرِ الْكَبِيرِ»: «وَوَصِيَّةُ الْمُسْلِمِ أَوْ الذَّمِّيِّ لِحَرْبِي فِي دَارِ الْحَرْبِ لَا تَكُونُ صَحِيحَةً وَإِنْ أَحَارَ الْوَرَثَةُ إِلَّا أَنْ يَشَاءُوا أَنْ تَهْبُوا لَهُ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِمْ، فَيَجُوزُ ذَلِكَ إِذَا قَبِضَ؛ لِأَنَّ مَنْ فِي دَارِ [الْحَرْبِ] ^(٥) فِي حَقِّ مَنْ هُوَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَالْمَيْتِ» ^(٦). وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «لِلْحَرْبِ».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ: «أ»، «م»، «و»، «ع»، «و»، «ر».

(٣) يَنْظُرُ: «الْمَبْسُوطُ» لِلْسَّرْحَسِيِّ [٩٤/٢٨].

(٤) وَفَعَّ بِالْأَصْلِ: «وَلَوْ أَوْصَى لِحَرْبِي» وَالْمَثَلُ مِنْ: «أ»، «م»، «و»، «ع»، «و»، «ر».

(٥) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ: «أ»، «م»، «و»، «ع»، «و»، «ر» وَهُوَ الْمَوْافِقُ لِمَا وَفَعَّ

فِي «الْمُبْتَدَأِ الْكَبِيرِ»

(٦) يَنْظُرُ: «الْمُبْتَدَأُ الْكَبِيرُ» لِلْسَّرْحَسِيِّ [١٥٠/٥].

بَابُ

الْوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ فَقَبِلَ الرَّجُلُ فِي وَجْهِ الْمَوْصِي، وَرَدَّهَا فِي
عِزِّ وَجْهِهِ؛ فَلَيْسَ بِرَدٍّ؛

..... حاشية البيان

بَابُ

الْوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ

لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ أَحْكَامِ الْمَوْصِي لَهُ شَرَعَ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْمَوْصِي إِلَيْهِ وَهُوَ
الْوَصِيُّ؛ لِأَنَّ كِتَابَ الْوَصَايَا يَشْمَلُهُمَا جَمِيعًا، وَقَدَّمَ الْمَوْصِي لَهُ؛ لَكُونَ الْحَاجَةِ
إِلَيْهِ أَمْسَ؛ لِكثْرَةِ وَقُوعِهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ فَقَبِلَ الرَّجُلُ فِي وَجْهِ الْمَوْصِي، وَرَدَّهَا فِي
عِزِّ وَجْهِهِ؛ فَلَيْسَ بِرَدٍّ)، أَيُّ: قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مُخْتَصَرِهِ». وَتَمَامُهُ فِيهِ: «وَأِنْ
رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ فَهُوَ رَدٌّ»^(١). يُقَالُ: أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ أَيُّ: جَعَلَهُ وَصِيًّا.

وَجَمَلَةُ الْكَلَامِ فِيهِ: أَنَّ الْوَصِيَّ لَا يَلْزِمُهُ الْوَصِيَّةُ إِلَّا بِقَبُولِهِ أَوْ مَا يَجْرِي مَجْرَى
قَبُولِهِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّبِعٌ بِالتَّصَرُّفِ، وَالتَّبَرُّعُ لَا يَلْزِمُ الْإِنْسَانَ إِلَّا بِرِضَا، وَإِنَّمَا قُلْنَا: إِنَّ قَبُولَ
الْمَوْصِي بَصَحُّ فِي حَالِ حَيَاةِ الْمَوْصِي؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْوَصِيَّ يَقَعُ لِمَنْفَعَةِ الْمَوْصِي،
فَلَوْ وَقَفَ الْقَبُولُ وَالرَّدُّ عَلَى الْمَوْتِ لَمْ يُؤْمَرْ أَنْ يَمُوتَ الْمَوْصِي وَلَمْ يُسْنَدْ وَصِيَّتُهُ
إِلَى أَحَدٍ، فَيَكُونُ فِي ذَلِكَ إِضْرَارٌ بِهِ؛ فَلِذَلِكَ جَوَّزُوا الْقَبُولَ فِي حَالِ الْحَيَاةِ.

وَلَا يُشْبِهُ هَذَا قَبُولَ الْمَوْصِي لَهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ؛ [لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ
هَآكِنًا هُوَ لِحَقِّ الْمَوْصِي لَهُ، فَلَمْ يَقْتَضِرْ إِلَى تَقْدِيمِ الْقَبُولِ عَلَى الْمَوْتِ]^(٢)، وَإِذَا

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/٢٤٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤

لأن الميت مَضَى لِسَبِيلِهِ مُعْتَمِدًا عَلَيْهِ ، فَلَوْ صَحَّ رَدُّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِهِ فِي حَيَاتِهِ أَوْ
بَعْدَ مَمَاتِهِ صَارَ مَعْرُورًا مِنْ جِهَتِهِ فَبَرَدُ رَدِّهِ ،

⚬ غلبة المبدأ ⚬

تَبَيَّنَ هَذَا قَلِيلًا: إِذَا قَبِلَ فِي حَالِ الْحَيَاةِ ثُمَّ رَدَّ بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ لَمْ يَصَحَّ الرَّدُّ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا
قَبِلَ الْوَصِيَّةَ فَقَدْ سَكَنَ قَلْبُ الْمُوصِي إِلَى قَبُولِهِ ، فَلَوْ جَازَ لَهُ أَنْ يُخْرِجَ نَفْسَهُ مِنْ
الْوَصِيَّةِ بِغَيْرِ حَضْرَتِهِ كَانَ فِي ذَلِكَ تَغْيِيرٌ^(١) بِالْمُوصِي ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمُوتُ وَلَا وَصِيَّ
لَهُ ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ كَمَا لَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَغْزِلَ نَفْسَهُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ الْمُوَكَّلِ .

وَأَمَّا إِذَا رَدَّ فِي وَجْهِهِ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّبِعٌ بِقَبُولِهَا ، وَالْمُتَّبِعُ إِنْ شَاءَ
قَامَ عَلَى التَّبَعِ ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ ، وَلَئِنْ الْإِنْسَانُ قَدْ يَقْبَلُ الْوَصِيَّةَ ظَنًّا مِنْهُ أَنَّهُ يَقْدِرُ أَنْ
يَقُومَ بِهَا ، ثُمَّ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْقِيَامِ بِهَا ، فَلَوْ لَمْ يَجُزْ لَهُ الرُّجُوعُ أَضُرَّ ذَلِكَ
بِالْوَصِيِّ وَبِالْوَرِثَةِ ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ .

وَقَوْلُنَا فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ: إِنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَنْزِمُ الْوَصِيَّ إِلَّا بِالْقَبُولِ أَوْ مَا يَجْرِي
مَجْرَى الْقَبُولِ ؛ فَهِيَ كَمَا إِذَا مَاتَ الْمُوصِي قَبْلَ قَبُولِ الْوَصِيِّ ، ثُمَّ تَصَرَّفَ الْوَصِيُّ ،
فَتَصَرُّفُهُ بِمَنْزِلَةِ قَبُولِهِ ؛ لِأَنَّهَا [٥٥٥٢/٣] تَمَثَّلَتْ مِنْ [٢٢٢٥/٨] جِهَةِ الْمُوصِي ، وَوَقَّفَ
عَلَى حَقِّ الْوَصِيِّ ، فَيَكُونُ تَصَرُّفُهُ كَقَبُولِهِ ، أَضْلُهُ: الْبَيْعُ الْمَشْرُوطُ فِيهِ الْخِيَارُ .

قَوْلُهُ: (فِي وَجْهِ الْمُوصِي) ، أَي: بِعِلْمِهِ^(٢) .

وَقَوْلُهُ: (فِي غَيْرِ وَجْهِهِ)^(٣) ، أَي: بِغَيْرِ عِلْمِ الْمُوصِي .

قَوْلُهُ: (مَضَى لِسَبِيلِهِ) ، أَي: مَاتَ .

قَوْلُهُ: (فَبَرَدُ رَدِّهِ) ، أَي: رَدُّ الْوَصِيِّ .

(١) وقع بالأصل: «تغير» والمثبت من «ن»، «م»، «و»، «ي»، «ع»، «ار» .

(٢) وقع بالأصل: «بعلمه» والمثبت من «ن»، «م»، «و»، «ي»، «ع»، «ار» .

(٣) وقع بالأصل: «فوخه الموصي» والمثبت من «ن»، «م»، «و»، «ي»، «ع»، «ار» .

ولأن ردها في وجهه فهو ردٌّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمُوصِي وَلَايَةٌ إِلَّا رَأْيُهُ التَّصَرُّفُ،
وَلَا غُرُورٌ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ أَنْ يُنِيبَ^(١) غَيْرُهُ.

إِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ الْمُوصِي؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَبْلَ، وَإِنْ
شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي لَيْسَ لَهُ وَلَايَةٌ إِلَّا لِإِثْرَامِ قَبِيحِي مُحْيَرًا،

﴿عَلَمَةُ تَعْيِيلٍ﴾

بشراء شيءٍ بغير عَيْنِهِ، ومرادُ صاحبِ «الهداية» هُنا: ما إذا كانَ وكيلًا بِشراء شيءٍ
بغير عَيْنِهِ، فتوافقت الرواياتُ جميعاً ولم تختلف.

قَوْلُهُ: (قَالَ: فَإِنْ رَدَّهَا فِي وَجْهِهِ فَهُوَ رَدٌّ)، أَي: قَالَ الْقُدُورِيُّ - رَحِمَهُ - فِي
«مُخْتَصَرِهِ»، وَقَدْ مَرَّ بَيَانُهُ آنفًا.

قَوْلُهُ: (فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ حَتَّى مَاتَ الْمُوصِي؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ قَبْلَ -
وَإِنْ شَاءَ لَمْ يَقْبَلْ)، ذَكَرَهُ عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ.

وذلك لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِالتَّصَرُّفِ فِي حَقِّ الْغَيْرِ، فَلَا يُلْزَمُهُ ذَلِكَ بِدُونِ قَبُولِهِ
كَالْوَكَالَةِ، وَلَيْسَ فِي رَدِّهِ هُنَا غُرُورٌ مِنْ حِجَّتِهِ وَلَا ضَرَرٌ، وَإِنَّمَا الْمُوصِي هُوَ الَّذِي
عَتَرَ حِينَ لَمْ يَتَعَرَّفْ عَنْ حَالِهِ أَنَّهُ يَقْبَلُ الْوَصِيَّةَ أَمْ لَا؟

قَالَ فِي «شرح الكافي» «فَإِنْ رَدَّ فِي وَجْهِ الْمُوصِي فَقَالَ الْمُوصِي: مَا كَانَ
ظَنِّي بِكَ هَذَا، فَعَنْ يَقْبَلُ وَصِيَّتِي إِذَنْ؟ فَسَكَتَ حَتَّى مَاتَ الْمُوصِي، ثُمَّ قَبِلَ؛ لَمْ يَكُنْ
وَصِيَّةً [٢/٣٢٦/٨]؛ لِأَنَّ بَرْدَهُ فِي وَجْهِهِ بَطَلَتْ الْوَصَايَةُ، فَلَا يُمَكِّنُ قَبُولُهَا بَعْدَ ذَلِكَ.

وَلَوْ أَنَّهُ رَدَّهَا فِي غَيْرِ وَجْهِ الْمُوصِي، ثُمَّ قَبِلَهَا، بَانَ سَمْعَ كَلَامِهِ النَّاسُ فِي
ذَلِكَ؛ فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ وَصِيًّا [عندنا] ^(٢).

وَقَالَ زُفَرِيُّ رَحِمَهُ: يَكُونُ وَصِيًّا؛ لِأَنَّ رَدَّهُ فِي غَيْرِ وَجْهِ الْمُوصِي [إِنَّمَا يَتِمُّ إِذَا بَلَغَ

(١) فِي الْأَصْلِ: «يُنِيبُ»

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفِينَ: رِجَالُهُ مِنْ - ٨٨، ٥٣٨، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١٤٢٣، ١٤٢٤، ١٤٢٥، ١٤٢٦، ١٤٢٧، ١٤٢٨، ١٤٢٩، ١٤٣٠، ١٤٣١، ١٤٣٢، ١٤٣٣، ١٤٣٤، ١٤٣٥، ١٤٣٦، ١٤٣٧، ١٤٣٨، ١٤٣٩، ١٤٤٠، ١٤٤١، ١٤٤٢، ١٤٤٣، ١٤٤٤، ١٤٤٥، ١٤٤٦، ١٤٤٧، ١٤٤٨، ١٤٤٩، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٢، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ١٤٥٥، ١٤٥٦، ١٤٥٧، ١٤٥٨، ١٤٥٩، ١٤٦٠، ١٤٦١، ١٤٦٢، ١٤٦٣، ١٤٦٤، ١٤٦٥، ١٤٦٦، ١٤٦٧، ١٤٦٨، ١٤٦٩، ١٤٧٠، ١٤٧١، ١٤٧٢، ١٤٧٣، ١٤٧٤، ١٤٧٥، ١٤٧٦، ١٤٧٧، ١٤٧٨، ١٤٧٩، ١٤٨٠، ١٤٨١، ١٤٨٢، ١٤٨٣، ١٤٨٤، ١٤٨٥، ١٤٨٦، ١٤٨٧، ١٤٨٨، ١٤٨٩، ١٤٩٠، ١٤٩١، ١٤٩٢، ١٤٩٣، ١٤٩٤، ١٤٩٥، ١٤٩٦، ١٤٩٧، ١٤٩٨، ١٤٩٩، ١٥٠٠، ١٥٠١، ١٥٠٢، ١٥٠٣، ١٥٠٤، ١٥٠٥، ١٥٠٦، ١٥٠٧، ١٥٠٨، ١٥٠٩، ١٥١٠، ١٥١١، ١٥١٢، ١٥١٣، ١٥١٤، ١٥١٥، ١٥١٦، ١٥١٧، ١٥١٨، ١٥١٩، ١٥٢٠، ١٥٢١، ١٥٢٢، ١٥٢٣، ١٥٢٤، ١٥٢٥، ١٥٢٦، ١٥٢٧، ١٥٢٨، ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٥٣١، ١٥٣٢، ١٥٣٣، ١٥٣٤، ١٥٣٥، ١٥٣٦، ١٥٣٧، ١٥٣٨، ١٥٣٩، ١٥٤٠، ١٥٤١، ١٥٤٢، ١٥٤٣، ١٥٤٤، ١٥٤٥، ١٥٤٦، ١٥٤٧، ١٥٤٨، ١٥٤٩، ١٥٥٠، ١٥٥١، ١٥٥٢، ١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٥٥، ١٥٥٦، ١٥٥٧، ١٥٥٨، ١٥٥٩، ١٥٦٠، ١٥٦١، ١٥٦٢، ١٥٦٣، ١٥٦٤، ١٥٦٥، ١٥٦٦، ١٥٦٧، ١٥٦٨، ١٥٦٩، ١٥٧٠، ١٥٧١، ١٥٧٢، ١٥٧٣، ١٥٧٤، ١٥٧٥، ١٥٧٦، ١٥٧٧، ١٥٧٨، ١٥٧٩، ١٥٨٠، ١٥٨١، ١٥٨٢، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ١٥٨٧، ١٥٨٨، ١٥٨٩، ١٥٩٠، ١٥٩١، ١٥٩٢، ١٥٩٣، ١٥٩٤، ١٥٩٥، ١٥٩٦، ١٥٩٧، ١٥٩٨، ١٥٩٩، ١٦٠٠، ١٦٠١، ١٦٠٢، ١٦٠٣، ١٦٠٤، ١٦٠٥، ١٦٠٦، ١٦٠٧، ١٦٠٨، ١٦٠٩، ١٦١٠، ١٦١١، ١٦١٢، ١٦١٣، ١٦١٤، ١٦١٥، ١٦١٦، ١٦١٧، ١٦١٨، ١٦١٩، ١٦٢٠، ١٦٢١، ١٦٢٢، ١٦٢٣، ١٦٢٤، ١٦٢٥، ١٦٢٦، ١٦٢٧، ١٦٢٨، ١٦٢٩، ١٦٣٠، ١٦٣١، ١٦٣٢، ١٦٣٣، ١٦٣٤، ١٦٣٥، ١٦٣٦، ١٦٣٧، ١٦٣٨، ١٦٣٩، ١٦٤٠، ١٦٤١، ١٦٤٢، ١٦٤٣، ١٦٤٤، ١٦٤٥، ١٦٤٦، ١٦٤٧، ١٦٤٨، ١٦٤٩، ١٦٥٠، ١٦٥١، ١٦٥٢، ١٦٥٣، ١٦٥٤، ١٦٥٥، ١٦٥٦، ١٦٥٧، ١٦٥٨، ١٦٥٩، ١٦٦٠، ١٦٦١، ١٦٦٢، ١٦٦٣، ١٦٦٤، ١٦٦٥، ١٦٦٦، ١٦٦٧، ١٦٦٨، ١٦٦٩، ١٦٧٠، ١٦٧١، ١٦٧٢، ١٦٧٣، ١٦٧٤، ١٦٧٥، ١٦٧٦، ١٦٧٧، ١٦٧٨، ١٦٧٩، ١٦٨٠، ١٦٨١، ١٦٨٢، ١٦٨٣، ١٦٨٤، ١٦٨٥، ١٦٨٦، ١٦٨٧، ١٦٨٨، ١٦٨٩، ١٦٩٠، ١٦٩١، ١٦٩٢، ١٦٩٣، ١٦٩٤، ١٦٩٥، ١٦٩٦، ١٦٩٧، ١٦٩٨، ١٦٩٩، ١٧٠٠، ١٧٠١، ١٧٠٢، ١٧٠٣، ١٧٠٤، ١٧٠٥، ١٧٠٦، ١٧٠٧، ١٧٠٨، ١٧٠٩، ١٧١٠، ١٧١١، ١٧١٢، ١٧١٣، ١٧١٤، ١٧١٥، ١٧١٦، ١٧١٧، ١٧١٨، ١٧١٩، ١٧٢٠، ١٧٢١، ١٧٢٢، ١٧٢٣، ١٧٢٤، ١٧٢٥، ١٧٢٦، ١٧٢٧، ١٧٢٨، ١٧٢٩، ١٧٣٠، ١٧٣١، ١٧٣٢، ١٧٣٣، ١٧٣٤، ١٧٣٥، ١٧٣٦، ١٧٣٧،

فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته الوصية،

عنه لبيان

الموصي، فإذا لم يبلغه حتى قبل، صار كأن الرد لم يوجد، ولكن نقول: قبل القول هو يتفرّد بالرد في وجه الموصي^(١)، وفي حال غيبته، فيبطل العقد برده، ولا يعتبر القبول بعد ذلك^(٢).

قوله: (فلو أنه باع شيئاً من تركته فقد لزمته).

والقياس: ألا يجوز بيعه ولا يكون وصياً، وهو قول [٥٥٣/٣] زفر رحمه الله. كذا قال فخر الدين قاضي خان رحمه الله.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله في كتاب «نكت الوصايا»: «ولو أن الموصي مات ولم يقبل الوصي حتى باع شيئاً من تركته، كان ذلك قبولاً منه للوصاية؛ لأن القبول مرة يكون بالدلالة، ومرة يكون بالإصاح، فهو كما لو باع شيئاً من تركته الميت؛ كان ذلك قبولاً منه من طريق الدلالة.

ثم إن كان الوصي يعلم بتفويض الميت لا يشكّل أن بيعه يكون قبولاً، فأما إذا لم يعلم يكون قبولاً أيضاً منه». قال: «وقد ذكر هكذا في موضع آخر؛ لأن الوصي بمنزلة الوارث من وجه؛ لأنه يقوم مقام الميت عند خلاء مكانه، ومن وجه سرقة الوكيل؛ لأنه يصير وصياً بالتفويض، فصار حاله بين حالين، ولو كان وارثاً من جميع الوجوه لا يتطلّب الرد، ويثبت بغير قبول، ولو كان وكيلاً من جميع الوجوه لا يثبت إلا بالقبول.

فلما كان حاله بين حالين فنقول: إن لم يقبل يرد اعتباراً بالوكالة، فإن لم يرد حتى باع شيئاً صار بمنزلة الوارث، ويقوم مقامه».

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«غ»، و«ر». وهو الموافق لما وقع في «المسوط» للسرخسي.

(٢) بغير «المسوط» للسرخسي [٢٤/٢٨]

لأن ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت، وينفذ البيع لصدوره من الوصي، وسواء علم بالوصاية أو لم يعلم، بخلاف ما إذا لم يعلم بالتوكيل قباع، حيث لا ينفذ؛ لأن الوصاية خلافه لأنه يختص بحال القطاع ولاية الميت فتشقل الولاية إليه، وإذا كانت خلافه لا تتوقف على العلم كالورثة.

غاية السبل

قوله: (لأن ذلك دلالة الالتزام)، أي: بيع الوصي شيئاً من التركة دلالة التزام^(١) الوصية، فكان بيعه قبولاً للوصية دلالة، فدليل القبول كصرحه، حتى لو باع شيئاً من تركة الميت، أو اشترى للورثة بعض ما يحتاجون إليه، أو اقتضى مالا أو قضاء^(٢)، لرمته الوصية؛ لو حود دليل القبول والرضا به، كالمشروط له الخيار إذا وجد منه ما يدل على الإجازة والفسخ كان بمنزلة التصريح بذلك. كذا قال شمس الأئمة السرخسي^(٣) في «شرح الكافي»^(٤).

قوله: (بخلاف ما إذا لم يعلم بالتوكيل قباع، حيث لا ينفذ)، يعني [٢/٣٢٦/٨] أن العلم شرط لصحة التوكيل، حتى لو باع الوكيل قبل العلم بذلك لا ينفذ، والعلم بالوصاية ليس بشرط، حتى لو باع الوصي قبل العلم بالوصاية صح، وهذه رواية «الزيادات» وبعض روايات «المأذون»، فعلى هذه الرواية: يحتاج إلى الفرق بين الوكالة والوصاية.

وفرقتها: أن الوصاية خلافه كالإرث^(٥)، فلا تتوقف على العلم كالإرث، فتثبت بلا علم، والوكالة إنباء، فيشترط العلم، كما في إثبات الملك بالبيع والشراء، وعلى رواية كتاب الوكالة: لا يشترط العلم للوكالة أيضاً؛ اعتباراً

(١) وقع بالأصل: «الالتزام». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«هـ»، و«و»، و«غ»، و«ر».

(٢) وقع بالأصل: «القضاء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«هـ»، و«و»، و«غ»، و«ر».

(٣) نظراً: «المعسوط» للسرخسي [٢٤/٢٨].

(٤) وقع بالأصل: «كالإرث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«هـ»، و«و»، و«غ»، و«ر».

أَمَّا التَّوَكُّيلُ إِنَابَةٌ لِثُبُوتِهِ فِي حَالِ قِيَامِ وَلَايَةِ الْمُنِيبِ ^(١) فَلَا يَصُحُّ مِنْ غَيْرِ
عِلْمِهِ كَثَابَاتِ الْمِلْكِ بِالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ الْعِلْمِ وَشَرْطَ الْإِخْبَارِ فِيمَا
تَقَدَّمَ مِنَ الْكُتُبِ.

طهارة البيان

بِالْوَصَايَةِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِثْبَاتُ الْوَلَايَةِ.

أَلَا تَرَى إِلَى مَا قَالَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ علاءُ الدِّينِ الْأَسِينَجَابِيُّ رحمته الله فِي «شرح الكافي»: «وَإِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ عَبْدٌ فِي يَدِ رَجُلٍ فَقَالَ: انْطَلِقْ وَاشْتَرِ عَبْدِي مِنْ فُلَانٍ لِنَفْسِكَ، فَذَهَبَ وَاشْتَرَاهُ، وَلَمْ يَكُنْ رَبُّ الْعَبْدِ وَكُلُّ الْبَائِعِ بِالْبَيْعِ، فَإِنَّ هَذَا الْبَيْعَ يَجُوزُ، وَيَكُونُ أَثَرُ الْمُشْتَرِي بِالشَّرَاءِ وَكَالَةً لِلْبَائِعِ بِالْبَيْعِ ^(٢)». قَالَ: «هَكَذَا ذَكَرَ هَاهُنَا».

[ثُمَّ] ^(٣) قَالَ: «وَذَكَرَ فِي «الزِّيَادَاتِ» وَبَعْضِ رَوَايَاتِ «الْمَأْذُونِ» أَنَّهُ [لَا] ^(٤)
يَكُونُ إِذَا مَا [لَمْ] ^(٥) يُعْلِمَهُ الرَّسُولُ ^(٦) بِذَلِكَ». كَذَا ذَكَرَ شَيْخُ الْإِسْلَامِ الْمَذْكُورُ
فِي بَابِ مَا لَا تَجُوزُ فِيهِ الْوَكَالَةُ مِنْ «شرح الكافي».

وَمِنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَصِيِّ أَيْضًا قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْوَصَايَةِ؛ اعْتَارًا
بِالْوَكَالَةِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِيَابَةٌ، لَكِنِ الْوَكَالَةُ [٥٥٥٣/٢] قَبْلَ الْمَوْتِ وَتِلْكَ بَعْدَ
الْمَوْتِ، وَقَدْ مَرَّ تَمَامُ الْبَيَانِ فِي كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي فِي فَضْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ.

قَوْلُهُ: (وَقَدْ بَيَّنَّا طَرِيقَ الْعِلْمِ بِالْوَكَالَةِ).

يَعْنِي: فِي فَضْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ، يَعْنِي: أَنَّ الْعِلْمَ بِالْوَكَالَةِ يَثْبُتُ بِخَبَرِ
الوَاحِدِ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا، عَدْلًا كَانَ أَوْ فَاسِقًا، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً، صَبِيًّا كَانَ أَوْ

(١) فِي الْأَصْلِ: «الْمَيِّت».

(٢) رَفَعَ بِالْأَصْلِ: «لِلْبَيْعِ بِالنَّصْلِ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «ن»، وَ«لَا»، وَ«فَع»، وَ«وَار». وَلَمْ يَفْعَ لِعَطْفِ «بِالْبَيْعِ»
إِلَّا فِي «لَا» وَحْدَهَا.

(٣) مَا بَيْنَ الْمُعْقُولَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ «ن»، وَ«م»، وَ«لَا»، وَ«فَع»، وَ«وَار».

(٤) رَفَعَ بِالْأَصْلِ: «الرَّسُول». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ «ن»، وَ«م»، وَ«لَا»، وَ«فَع»، وَ«وَار».

وإن لم يقبل حتى | ٢٩٥/ط | مات الموصي فقال: لا أقبل، ثم قال: أقبل،
فله ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل، لأن بمجرد

غاية البيان

بالعنا، وكذلك العزل عندهم يثبت بخبر الواحد مطلقاً، وعند أبي حنيفة رحمته
يُشترط العدد أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنده إلا بخبر اثنين، أو بخبر الواحد
العدل، وقد مر ذلك في فصل القضاء بالمواريث.

قوله: (وإن لم يقبل حتى مات الموصي فقال: لا أقبل، ثم قال: أقبل، له
ذلك إن لم يكن القاضي أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل).

قال محمد رحمته في أصل «الجامع الصغير»: «عن يعقوب، عن أبي حنيفة
رحمته يوصي إلى رجل فيقول بعد موت الموصي: لا أقبل، ثم قبل. قال: هو جيز
إلا أن يخرج القاضي عن الوصية بقوله: لا أقبل»^(١). إسن هنا لفظ محمد رحمته

وفي قول زفر رحمته: لا | ٣٢٧/م | يجوز قبوله بعد ما رد؛ لأنه لما رد فقد بطل
التفويض، وإذا بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك، ألا ترى أنه لو كان حياً
فردّه في وجهه لا يجوز قبوله بعد ذلك، فكذلك ما هنا.

ولنا: أن الرصية لو بطلت بمجرد قول الموصي: لا أقبل؛ لزم الضرر
بالميت؛ لأنه مات معتمداً عليه، فلما ارتدت الرصية برد الوصي؛ لضاعت التركة
بحسب لم تنصب الميت سواء اعتمداً عليه، والضرر مرفوع شرعاً، فلا يصح الرد،
وإذا لم يصح الرد كان له أن يُمضي الوصية إلا إذا أخرجه القاضي عن الوصاية
حين قال: لا أقبل الوصية، فحينئذ لا يصح قبوله بعد ذلك؛ لأن قضاء القاضي
صح لوقوعه في المعتقد فيه، فلما صح القضاء بطلت الوصية، فقبوله بعد ذلك
يكون بعد بطلان الوصية، فلا يصح.

(١) ينظر «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» | ص/٥٢٩، ٥٣٠ |.

بقوله لا أقبل لا يبطل الإيصاء، لأن في إبطاله ضرراً بالميت وضرراً للوصي في الإبقاء مجبوراً بالتواب، ودفع الأول وهو أعلى أولى، إلا أن القاضي إذا أخرجهُ عن الوصاية يصح ذلك لأنه مُجْتَهِدٌ فِيهِ، إذ للقاضي ولاية دفع الضرر، وزدماً يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه ويتصب حابطاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينمذ إخراجهُ،

«إليه البيان»

ولأن العقد قد تم من جهة الموصي، ووجب الخيار للآخر في قبوله ورده، والرد يقتضي مردوداً عليه، فإذا رده في غير وجهه أو بعد موته فقد رده وليس ثمة مردود عليه، فلم يصح الرد، كما لو اشترى شيئاً على أنه بالخيار، ثم رده من غير مخضر من البائع، فإنه لا يجوز، كذلك هاهنا.

فالما إذا أخرجهُ القاضي من الوصية فإنه قد أبطل العقد باجتهاده في موضع الاجتهاد، فبطل العقد، وإذا بطل العقد لم يجز قبوله بعد ذلك، لأنه قيل حين لم يكن عقد.

قوله: (وضرر الوصي في الإبقاء مجبوراً بالتواب).

هذا جواب سؤال مُقَدَّر بأن يقال: كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الإيصاء بقوله: لا أقبل، يلزم الضرر أيضاً بالوصي في بقاء الإيصاء ولزومه؛ لأنه يعجز عن القيام بذلك، فلم تحمَلْتم ضرر الوصي دون ضرر الميت حيث قلتم: لا يبطل الإيصاء بقوله: لا أقبل؟

فقال: لما لم يمكن رفع الضررين جميعاً لا بد من أن يتحمل الأذى الضررين لدفع الضرر الأعلى، والأعلى هنا ضرر الميت؛ لأن^(١) ضرره ليس بمحور بشيء، وضرر الوصي [٢/٥٥٤] مجبوراً بالتواب، فيتحمل الأذى لدفع الأعلى،

(١) دفع بالأصل: «لأنه». والمثبت من: «أن»، «وم»، «والمقتضى»، «والمقتضى»، «والمقتضى».

فَلَوْ قَالَ بَعْدَ إِخْرَاجِ الْقَاضِي إِنِّي أَقْبَلُ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ قَبِلَ بَعْدَ بُطْلَانِ الْوَصَايَةِ بِإِبْطَالِ الْقَاضِي.

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ، أَوْ كَافِرٍ، أَوْ فَاسِقٍ، أَخْرَجَهُمُ الْقَاضِي عَنْ الْوَصَايَةِ وَنَصَبَ غَيْرَهُمْ وَهَذَا اللَّفْظُ يُشِيرُ إِلَى صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ، لِأَنَّ الْإِخْرَاجَ يَكُونُ بَعْدَهَا.

• هَاجَةُ الْبَيَانِ •

وهو المراد من قوله: (وَدَفَعُ الْأُولَى - وَهُوَ أَغْلَى - أُولَى)، أي: دَفَعُ أُولَى الضَّرَرَيْنِ، وهو ضرر الميت.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ، أَوْ كَافِرٍ، أَوْ فَاسِقٍ، أَخْرَجَهُمُ الْقَاضِي عَنْ الْوَصَايَةِ وَنَصَبَ غَيْرَهُمْ)، أي: قَالَ الْقُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «مُخْتَصَرِهِ»^(١).

والمراد منه: الْوَصِيَّةُ إِلَى عَبْدٍ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ [٢/٥٣٢٧/٨] إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ تَجِبُ بَعْدَ هَذَا، وَلَفْظُ الْقُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِلَى هَؤُلَاءِ تَصَحُّ؛ لِأَنَّ الْإِخْرَاجَ عَنِ الْوَصِيَّةِ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِذَا كَانَتْ بَاطِلَةً أَصْلًا فَمِنْ أَيْنَ يَتَحَقَّقُ إِخْرَاجُهُمْ عَنِ الْوَصِيَّةِ.

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي الْمُسْلِمِ يُوصِي إِلَى الدُّمِيِّ. قَالَ: الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ غَيْرِهِ فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ أَيْضًا»^(٢). إِلَى هَذَا لَفْظُ أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي «الْأَصْلِ»: «وَإِذَا أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ غَيْرِهِ: فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ وَإِنْ أَجَازَ مَوْلَاهُ»^(٣).

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/٢٤٢].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه النافع الكبير» [ص/٥٣٢].

(٣) ينظر: «الأصل/المعروف بالمسوط» [٤٩٤/٥ / طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي الْأَصْلِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بَاطِلَةٌ. قِيلَ مَعْنَاهُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ
أَنَّ الْوَصِيَّةَ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ مَعْنَاهُ فِي الْعَبْدِ بَاطِلٌ حَقِيقَةً لِعَدَمِ وَلَايَتِهِ وَاسْتِدَادِهِ،
وَبِغَيْرِهِ مَعْنَاهُ سَتَبْطُلُ، وَقِيلَ فِي الْكَافِرِ بَاطِلٌ أَيْضًا لِعَدَمِ وَلَايَتِهِ عَلَى الْمُسْلِمِ.

حاشية البيان

وَقَالَ فِي «الْأَصْلِ» أَيْضًا: «وَلَوْ أَوْصَى الْمُسْلِمُ إِلَى ذِمِّيٍّ، أَوْ إِلَى حَزْبِيٍّ
مُتَّاعٍ، أَوْ غَيْرِ مُتَّاعٍ؛ فَهُوَ بَاطِلٌ»^(١).

وَقَالَ فِي «الْأَصْلِ» أَيْضًا: «وَلَوْ أَوْصَى إِلَى فَاسِقٍ مُتَّاعٍ مَخُوفٍ عَلَى مَالِهِ؛
بِالْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ بَاطِلَةٌ»^(٢).

ثُمَّ اخْتَلَفَ الْمَشَائِخُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - فِي مَعْنَى الْبُطْلَانِ أَنَّهُ بَاطِلٌ أَصْلًا أَمْ مَعْنَاهُ: سَتَبْطُلُ؟
قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي كِتَابِ «نُكَيْتِ الْوَصَايَا» وَفِي شَرْحِهِ لـ «الْجَامِعِ
الصَّغِيرِ»: «مَعْنَاهُ: سَتَبْطُلُ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْقُدُورِيُّ، وَفَخَرُ الْإِسْلَامِ الْبَرْدَوِيُّ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فِي
إِشْرَاحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» وَعَلَيْهِ عَامَّةُ الْمَشَائِخِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّهُ بَاطِلٌ أَصْلًا. وَإِلَيْهِ ذَهَبَ شَمْسُ الْأَنْعَمِ السَّرْحَسِيُّ فِي
إِشْرَاحِ الْكَافِي^(٣)؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ وَلَايَةً، وَالرَّقُّ مُنَافٍ لِلْوَلَايَةِ، وَلِأَنَّهُ عَاجِزٌ
عَنِ تَحْصِيلِ مَقْصُودِ الْمُوصِي؛ لِأَنَّ مُنَافِعَهُ لِمَوْلَاهُ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَمْنَعُهُ مِنَ التَّبَرُّعِ بِهِ
عَلَى غَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ بَعْدَ إِجَازَتِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْإِعَارَةِ مِنْهُ لِلْعَبْدِ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ
الرَّدُّ، فَإِذَا رَجَعَ عَنْهُ كَانَ عَاجِزًا عَنِ التَّصَرُّفِ.

وَأَمَّا فِي الْوَصِيَّةِ إِلَى الْكَافِرِ: فَلَأَنَّ فِي الْوَصِيَّةِ إِثْبَاتُ الْوَلَايَةِ لِلْمُوصِي عَلَى
سَبِيلِ الْخِلَافَةِ عَنْهُ، وَلَا وَلَايَةَ لِلذِّمِّيِّ وَلَا لِلْحَزْبِيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَنْ

(١) ينظر: المصدر السابق [٤٩٥/٥].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [٢٨/٢٥].

وَوَجْهَهُ الصُّحَّةُ ثُمَّ الْإِخْرَاجُ أَنَّ الْأَصْلَ النَّظَرُ ثَابِتٌ لِقُدْرَةِ الْعَبْدِ حَقِيقَةً،
وَوِلَايَةُ الْفَاسِقِ عَلَى أَصْلِنَا وَوِلَايَةُ الْكَافِرِ فِي الْجُمْلَةِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَتِمَّ النَّظَرُ
لِتَوْقُفِ وِلَايَةِ الْعَبْدِ عَلَى إِجَارَةِ الْمَوْلَى وَتَمَكُّنِهِ مِنَ الْحَجَرِ بَعْدَهَا وَالْمُعَادَاةِ
الدِّينِيَّةِ الْبَاعِثَةِ لِلْكَافِرِ عَلَى تَرْكِ النَّظَرِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ وَاتِّهَمِ الْفَاسِقُ بِالْخِيَانَةِ
فَيُخْرِجُهُ الْقَاضِي مِنَ الْوَصَايَةِ وَيُقِيمُ غَيْرَهُ مُقَامَهُ إِنَّمَا لِلنَّظَرِ - وَشَرَطَ فِي الْأَصْلِ

غاية البيان

يَجْعَلُ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا ﴿[انساء: ١٤١]﴾.

وَأَمَّا فِي الْفَاسِقِ: فَذَهَبَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ لَشَرْحِيٍّ ﷺ أَيْضًا أَنَّ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ
تَجُوزُ^(١)، لَكِنْ الْقَاضِي يُخْرِجُهُ عَنِ الْوَصَايَةِ؛ لِأَنَّ بِالْوَصَايَةِ إِلَيْهِ لَا يَتِمُّ مَعْنَى النَّظَرِ؛
وَهَذَا لِأَنَّ الْفَاسِقَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ، وَلِهَذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْإِرْثِ، فَيَكُونُ أَهْلًا
لِلْوَصِيَّةِ^(٢) أَيْضًا.

وَوَجْهٌ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ وَغَيْرُهُ: أَنَّ عَبْدَ الْغَيْرِ قَادِرٌ عَلَى اتِّصَرُّفِ
حَقِيقَةٍ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الْعَبْدِ بِالْوَصِيَّةِ مِثْلُ تَصَرُّفِهِ بِالْوَكَاةِ، فَإِذَا جَازَ تَصَرُّفُهُ فِي
أَحَدِهِمَا؛ جَازَ فِي الْآخَرِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مَهُمَّ نِيَابَةٌ، وَلَكِنْ لَمَّا كَانَتْ مَنَافِعُهُ
مَشْغُولَةً بِحَقِّ مَوْلَاهُ، وَرَبَّمَا يَبِيعُهُ^(٣) مِرْلَاهُ [٢/٣٢٨/٨] بَعْدَ مَا أُذِنَ لَهُ فِي قَبُولِ الْوَصِيَّةِ،
كَانَ عَاجِزًا عَنِ إِنْفَادِ^(٤) الْوَصِيَّةِ، فَلَا يُؤْمَنُ عَلَيْهِ أَنْ يُقَصِّرَ، وَلَا يَسْتَوْفِيَ حَقُوقَ
الْمَيِّتِ، وَكَانَ لِلْقَاضِي أَنْ [٥٥٤/٣ ط] يُخْرِجَهُ وَيُسْتَدِلَّ بِهِ وَصِيًّا آخَرَ.

وَأَمَّا فِي الْإِيصَاءِ إِلَى الْكَافِرِ: فَقَدْ ذَكَرَ مُحَمَّدٌ ﷺ فِي كِتَابِ الْقِسْمَةِ: أَنَّهُ لَوْ
قَاسَمَ شَيْئًا قَبْلَ أَنْ يُخْرِجَهُ الْقَاضِي؛ جَازَ ذَلِكَ، فَجَبَّتْ أَنَّ الْإِيصَاءَ إِلَيْهِ صَحِيحٌ،

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) وقع بالأصل: «الولاية». والمثبت من: «الان»، و«الم»، و«الولاية»، و«الولاية»، و«الولاية».

(٣) وقع بالأصل: «ابيعه». والمثبت من: «الان»، و«الم»، و«الولاية»، و«الولاية»، و«الولاية».

(٤) وقع بالأصل: «أفعله». والمثبت من: «الان»، و«الم»، و«الولاية»، و«الولاية»، و«الولاية».

أَنْ يَكُونَ الْفَاسِقُ مَحُوفًا عَلَيْهِ فِي الْمَالِ ، وَهَذَا يَضْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ ، وَفِي الْوَرِثَةِ كِبَارًا ؛ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛

غاية البيان

وَذَلِكَ لِأَنَّ الْكَافِرَ يَجُوزُ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِالْوَكَالَةِ ، فَجَازَ أَنْ يَتَصَرَّفَ بِالْوَصَايَةِ أَيْضًا .
اضْلُهُ: الْمُسْلِمُ ، وَلَكِنَّ الْقَاضِيَ يُبْطِلُ وَصِيَّتَهُ وَيُخْرِجُهَا عَنِ الْوَصَايَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يُؤْتَى عَلَى الْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعَيَّرُ بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ ؛ فَيُخَافُ أَنْ يَكْسِبَ الْحَرَامَ ،
بِمَا أَنْ مُسْلِمًا لَوْ وَكَّلَ ذِمِّيًّا يُكْرَهُ لَهُ ذَلِكَ .

وَالْمَعْنَى فِيهِ: أَنَّهُ يَخَافُ أَنْ يُطْعِمَهُ الرَّبَا ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا ، فَإِنْ تَصَرَّفَ قَبْلَ أَنْ
يُخْرِجَهُ الْقَاضِيَ كَانَ جَائِزًا ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ مِنْ طَرِيقِ الْأَمْرِ .

وَأَمَّا الْفَاسِقُ: فَيُخْرِجُهُ الْقَاضِيَ ؛ لِيَتِمَّ النَّظَرُ عَلَى مَا قُلْنَا .

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: يُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ عُذْلًا عِنْدَ الْوَصِيَّةِ ^(١) ، وَإِنَّمَا لَمْ تَصَحَّ
وَصِيَّةُ إِلَيْهِ ؛ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِقْرَارُهُ عَلَى الْوَصِيَّةِ ، فَلَا تَصَحُّ الْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ ، وَهَذَا
يَقُلُّ بِمَا إِذَا أَوْصَى إِلَى ضَعِيفٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّصَرُّفِ مُنْفَرِدًا .

قَوْلُهُ: (وَهَذَا يَضْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِهِ وَتَبْدِيلِهِ بِغَيْرِهِ) ، أَيُّ: كَوْنُ الْفَاسِقِ بِحَيْثُ
لَعَنَ عَلَيْهِ [فِي] ^(٢) الْمَالِ لَخِيَانَتِهِ ^(٣) يَضْلُحُ عُذْرًا فِي إِخْرَاجِ الْفَاسِقِ عَنِ الْوَصَايَةِ ،
وَحَقْلٍ غَيْرِهِ وَصِيًّا مَكَانَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ إِنَّمَا أَوْصَى إِلَيْهِ ؛ لِيَنْظُرَ فِي مَالِهِ وَأَوْلَادِهِ بَعْدَهُ
بِالْحَقِّ وَالصِّيَانَةِ ، وَبِالْخِيَانَةِ تَرْتَفِعُ الصِّيَانَةُ ، فَلَا يَحْصُلُ الْغَرَضُ مِنَ الْوَصَايَةِ .

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى إِلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ ، وَفِي الْوَرِثَةِ كِبَارًا ؛ لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ) ،

١ بطر «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» لليعرب [١٠٦/٩] ، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي»
للشبراوي [٣٦٣/٦] ، و«الحكم الوهاج في شرح المسحاح» للذبيري [٣٢٥/٦] .

٢ ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن» ، «م» ، «و» ، «ما» ، «ن» ، «و» ، «و» .

٣ ومع بالأصل «الحياة» . والمثبت من: «ن» ، «م» ، «و» ، «ما» ، «ن» ، «و» ، «و» .

لِأَنَّ الْكَبِيرَ أَنْ يَمْنَعَهُ أَوْ يَبِيعَ نَصِيئَهُ قِيمَتَهُ الْمُشْتَرِي فَيَعْجِزُ عَنِ الْوَفَاءِ بِحَقِّ الْوَصَايَةِ فَلَا يُفِيدُ فَايِدَتَهُ وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا كُلُّهُمْ فَالْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،

قوله البيهقي

أي: قال القُدُورِيُّ رحمته الله في «مُخْتَصَرِهِ»^(١).

وذلك لأنَّ الوارثَ الكبيرَ يبي على العبدِ، بدليل أَنَّهُ يَمْلِكُ بَيْعَ نَصِيئِهِ، ويستحيلُ أَنْ يَنْبُتَ للعبدِ ولايةٌ عليه بِالْوَصِيَّةِ، وَيُثْبِتُ للوارثِ اولايةُ على العبدِ بالملكِ؛ فلذلك لَمْ تَصَحَّ الوَصِيَّةُ إِلَيْهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ صِغَارًا، فَالْوَصِيَّةُ إِلَيْهِ حَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله، حَلَفًا لَهُمَا.

قَالَ صَاحِبُ «الْهِدَايَةِ» رحمته الله: (رَقِيلٌ: قَوْلُ مُحَمَّدٍ رحمته الله مُضْطَرَبٌ فِيهِ، يُرَوَّى مَرَّةً مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَثَارَةً مَعَ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله).

وَلَنَا فِي هَذَا الْقِيَاسِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْكِبَارَ الثَّقَاتَ الْمُتَقَدِّمِينَ عَلَى صَاحِبِ «الْهِدَايَةِ» كُنْهُمْ ذَكَرُوا قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي يُوسُفَ رحمته الله، بِإِلَّا اضْطِرَابٍ، كَالطَّحَاوِيِّ فِي «مُخْتَصَرِهِ»^(٢)، وَلِكَرْخِيِّ فِي «مُخْتَصَرِهِ»^(٣)، وَأَبِي اللَّيْثِ فِي كِتَابِ [م. ٣٢٨/٨] «نُكْتِ الْوَصَايَا»، وَالْقُدُورِيِّ فِي «التَّقْرِيبِ»، وَشَمْسِ الْأَنْمَةِ لِسُرْخَسِيِّ فِي «شرح الكافي»^(٤)، وَصَاحِبِ «الْمَنْظُومَةِ»^(٥) فِيهَا وَفِي «مُشْرِحِهَا»، وَغَيْرِهِمْ مِنْ أَصْحَابِنَا رحمته الله.

عَلَى أَنَّ مُحَمَّدًا نَصَّ فِي «الْأَصْلِ» عَلَى ذَلِكَ فَقَالَ: «وَإِذَا أَوْصَى إِلَى عَبْدِهِ فَإِنَّ الْوَصِيَّةَ إِلَيْهِ جَائِزَةٌ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ»، وَفِيهَا قَوْلٌ آخَرُ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٤٢].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «المبسوط» لسرخسي [٢٨/٢٥].

(٤) المنظومة حد الإطلاق هي «منظومة اخلاف»، لنجم الدين السفي، نظم فيها المسائل التي اختلف فيها الأئمة. أبو حنيفة، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، ورفق، والشافعي، ومالك. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَلَا تَجُوزُ عِنْدَهُمَا وَهُوَ الْقِيَاسُ . وَقِيلَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ مُصْطَرِبٌ ، يَزْوِي مَرَّةً مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَتَارَةً مَعَ أَبِي يُوسُفَ .

باب البيان

أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَى عَبْدِهِ ، أَرَأَيْتَ لَوْ كَبَّرَ الصَّغَارُ مَا كَانَ لَهُمْ أَنْ يَبْعُوهُ^(١) . إِلَى هَذَا لَفْظُ الْأَصْلِ .

وَقَوْلُ الشَّافِعِيِّ رحمته الله كَقَوْلِهِمَا^(٢) . كَذَا فِي «شرح الأقطع»^(٣) ، وَقَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ فِي «شرح الكافي» فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ : «هُوَ الْأَسْتَحْسَانُ ، وَقَوْلُهُمَا هُوَ الْقِيَاسُ»^(٤) .

وَجَهُّ قَوْلِهِمَا : أَنَّ الرُّقَّ الَّذِي يُتَنَافَى الْوَلَايَةُ قَائِمٌ فِي عَبْدٍ نَفْسِهِ كَمَا فِي عَبْدٍ غَيْرِهِ ؛ وَلَئِنَّ مَمْلُوكَ الْوَرَثَةِ - وَهُمْ الصَّغَارُ - وَالْمَمْلُوكُ لَا يَلِي عَلَى مَوْلَاهُ ، وَلَئِنْ تَصَرَّفَ الْوَصِيُّ مِنْ طَرِيقِ الْوَلَايَةِ ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَاتِ .

وَجَهُّ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله : أَنَّ الصَّغَارَ مِنَ الْوَرَثَةِ وَإِنْ كَانُوا لَا يَمْلِكُونَ رَقَبَةً [٥٥٥/٢] الْعَبْدِ فَلَا يَمْلِكُونَ التَّصَرُّفَ فِيهِ ؛ حَيْثُ لَا يَمْلِكُونَ بَيْعَهُ ، فَجَازَ إِثْبَاتُ الْوَلَايَةِ لِلْعَبْدِ فِي حُقُوقِهِمْ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِيهِمْ كَبِيرٌ ، وَبِخِلَافِ عَبْدِ الْغَيْرِ ؛ لِأَنَّ لِمَوْلَاهُ أَنْ يَمْنَعَهُ وَيَخْجُرَ عَلَيْهِ ، فَصَارَ مَوْلِيًّا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي حَقِّ غَيْرِهِ .

قَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ [السَّرَخْسِيُّ]^(٥) رَجَمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي «شرح الكافي» : «وَأَنَّمَا اسْتَحْسَنَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته الله هَذَا لِمَا رَأَى فِيهِ مِنْ تَوْفِيرِ الْمَنْقَعَةِ عَلَى الْمَيِّتِ وَعَلَى

(١) ينظر: «الأصل/المعروف بالمبسوط» [٤٩٤/٥] طبعة: وزارة الأوقاف القطرية.

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٩٢/٨] ، و«النوسيط في المذهب» للزمالي [٤٨٣/٤] .
و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبعوي [٧٥/٥] .

(٣) ينظر: «شرح محاصر القدوري» للأقطع [٣٩٨/ق٢] .

(٤) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [٢٥/٢٨] .

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من «ن»، و«م»، و«أ»، و«ع»، و«ر» .

وخه القياس أن الولاية مُقدمة لما أن الرق يُأفئها ، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك ، وهذا قلب المشروع ، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتحرراً ، وفي اعتبار هذه تجزئتها ؛ لأنه لا يملك بيع رقبته

﴿ شرح لسان ﴾

ورثته ، فإن من ربي عبده وأحسن إليه ، فالظاهر أن شفقتة على الصغار من أولاده بعد موته أكثر من شفقة الأجنبي ؛ ، ولهذا احتازة بلوصية^(١) .

وأورد في «شرح الأقطع» سؤالا وجوابا فقد : «فإن قيل : فإذا كانوا صغارا فانقضي يبي في بيعه إذا رأى ذلك .

قيل له : ولاية القاضي على الوصي لا تمنع جواز الوصية ؛ لأنه يلي على الأحرار مع وجود الوصية إليهم^(٢) .

قوله . (ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتحرراً ، وفي اعتبار هذه تجزئتها ، لأنه لا يملك بيع رقبته) ، معده : أن ولاية الوصي مثل ولاية الموصي لكون ولاية الوصي مستفادة من جهة لموصي .

ثم ولاية الموصي - وهو الأب - ليست بمُتجزئة ؛ حيث لا يقال : إن ولايته في البعض دون البعض ، وولاية العبد مُتجزئة ؛ لأنه يملك بيع الثركات ولا يملك بيع نفسه ، وهذا نقض الموضوع ، فلا يجوز .

وهذا معنى قوله : (وفي اعتبار هذه^(٣) تجزئتها) ، أي : في اعتبار هذه الوصية - وهي الوصية إلى عبد نفسه والورثة صغارا - تجزئة الولاية ، وفيها تجزئة للوصاية أيضا ؛ لأن العبد لا يلي بيع نفسه ، ولا يكون وصيا في بيع نفسه .

(١) يطر «المبسوط» للسرحي [٢٨/٢٥٠]

(٢) يطر «شرح مجتصر القلوري» للأقطع [٢٢/٣٩٨] .

(٣) الترقيم الداخلي لهذه اللوحة مكرر .

وله أنه مخاطبٌ مُستبَدٌّ بالتصريف^(١) [٢٩٦]، فيكون أهلاً للوصاية، وليس لأحدٍ عليه ولايةٌ، فإن الصغار وإن كانوا مَلَائِكاً ليس لهم ولايةُ المنع فلا مَنَافَةَ، وإيضاً^(٢) المولى إليه يؤذن بكونه ناظراً لهم وصار كالمكاتب، والوصاية قد تنجزاً على ما هو المروى عن أبي حنيفة، أو تقول: يُصار إليه كي لا يؤدي إلى إبطال أصله، وتغيير الوصف لتصحیح الأصل أولى.

غاية البيان

قوله: (وله أنه مخاطبٌ مُستبَدٌّ بالتصريف).

احترارٌ بالمخاطب عن الصبي والمجنون، فإن الإيضاء إليهما لا يجوز لعدم الخطاب، واحترارٌ بالمُستبَدِّ: عن الإيضاء إلى عبدٍ غيره؛ لأنه لا استبدادَ له في التصريف، وعن عبدٍ نفسه أيضاً إذا كان في الورثة كبيراً؛ لأنَّ للكبير أن يخجُرهُ ويبيع نصيبه منه، فلا يبقى الاستبداد.

قوله: (فصار كالمكاتب)، أي: صار الإيضاء إلى العبدِ القِرُّ كإيضاء إلى المكاتب، فذلك يجوز، فكذا هذا.

قوله: (والوصاية قد تنجزاً على ما هو المروى عن أبي حنيفة رحمته الله).

هذا جوابٌ بسبيل المنع عن قوله. (وفي اعتبار هذه تجزئتها)، بأن يقال: لا سلم أن الوصاية لا تنجزاً؛ ولهذا روى الحسن، عن أبي حنيفة رحمته الله فيما إذا أوصى لرجلين: إلى أحدهما في العين، وإلى الآخر في تقاضي الدين، يكون كل واحد منهما وصياً فيما أوصي^(٣) إليه خاصة.

ولئن سلمنا أن الوصاية لا تنجزاً على ما هو الظاهر عن أبي حنيفة رحمته الله حيث

(١) في الأصل: «بالتفريق».

(٢) يشبه في الأصل: «وأيضاً».

(٣) وقع بالأصل: «إذا أوصي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ع»، و«غ»، و«و».

قَالَ - وَمَنْ أَوْصَى إِلَى مَنْ يَعْجُزُ عَنِ الْقِيَامِ بِالْوَصِيَّةِ ضَمَّ إِلَيْهِ الْقَاضِي غَيْرَهُ رِعَايَةً بِحَقِّ الْمُوصِي وَالْوَرَثَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ تَكْمِيلٌ ^(١) النَّظَرِ يَخْصُلُ بِضَمِّ الْآخِرِ إِلَيْهِ لِصِيَابَتِهِ وَتَقْصِيرُ ^(٢) كِفَايَتِهِ فَيَسَّمُ النَّظَرُ بِإِعَانَةِ غَيْرِهِ، فَلَوْ شَكَا إِلَيْهِ الْوَصِيُّ ذَلِكَ لَا يُجِيبُهُ حَتَّى يَعْرِفَ ذَلِكَ حَقِيقَةً، لِأَنَّ الشَّاكِيَ قَدْ يَكُونُ كَادِبًا تَحْصِيفًا عَلَى

﴿نِهَايَةُ الْبَيَانِ﴾

يَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَصِيًّا فِي الْعَيْنِ وَالدِّينِ جَمِيعًا.

فَنَقُولُ إِنَّمَا صِرْنَا إِلَى تَجَرُّؤِ الْإِبْصَاءِ؛ كَيْلًا لَا يَبْطُلُ أَصْلُ الْإِبْصَاءِ؛ لِأَنَّ لَوْ لَمْ تُجَوِّرِ التَّجَرُّؤُ يَبْطُلُ الْإِبْصَاءُ أَصْلًا، وَفِيهِ الْعَاءُ كَلَامُ الْعَاقِلِ، فَلَا يَجُوزُ الْإِبْصَاءُ مَا أَمَكْنَ، وَتَغْيِيرُ وَضْفِ الْإِبْصَاءِ أَوْلَى مِنْ تَغْيِيرِ أَصْلِ الْإِبْصَاءِ، فَكَانَ تَغْيِيرُ الْوَصْفِ أَحَقَّ.

قَوْلُهُ: (ذَلْ [٥٥٥/٣]: وَمَنْ يَعْجُزُ عَنِ الْقِيَامِ بِالْوَصِيَّةِ ضَمَّ إِلَيْهِ الْقَاضِي غَيْرَهُ).
أَيُّ قَالَ الْقُدُورِيُّ رحمته الله فِي «مُخْتَصَرِهِ» ^(٣).

وذلك لِأَنَّ الْوَرَثَةَ لَا يَتَفَعَّلُونَ بِهَا، وَإِخْرَاجُهُ مِنَ الْوَصِيَّةِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْهَمٍّ إِذَا كَانَ عَدْلًا نَقَّةً، فَلَرِمَ الْقَاضِي أَنْ يُقَوِّيَ تَصَرُّفَهُ، وَيُكْمِلَهُ، وَيَضُمَّ إِلَيْهِ غَيْرَهُ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ قَادِرًا عَلَى التَّصَرُّفِ وَنَهَضًا بِالْوَصِيَّةِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ؛ فَلَسَ لِلْقَاضِي الْإِعْتِرَاضُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَقَامَ ^(٤) غَيْرَهُ مَقَامَهُ أَقَامَ مَنْ هُوَ فِي مِثْلِ صَعْتِهِ، فَإِنْ تَسَاوَيَا فَمَنْ رَضِيَهِ الْمَيِّتُ أَوْلَى.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ شَكَا إِلَيْهِ الْوَصِيُّ ^(٥) ذَلِكَ لَا يُجِيبُهُ حَتَّى يَعْرِفَ ذَلِكَ حَقِيقَةً)، أَيُّ

(١) فِي الْأَصْلِ: «تَعْلِيْقٌ».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «وَبَعْضٌ».

(٣) يَنْظُرُ «مُخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ» [٢٤٢/ص].

(٤) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «أَقَامَ»، وَلَمْ يَثْبُتْ مِنْ: «ن»، «م»، «و»، «ف»، «غ»، «ر».

(٥) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «الْمُوصِي»، وَلَمْ يَثْبُتْ مِنْ: «ن»، «م»، «و»، «ف»، «غ»، «ر».

نفسه، وإذا ظهر عند القاضي عجزه أضلا استبدل به رعاية للطرفين الجائزين^(١) ولو كان قادراً على التصرف أميناً فيه ليس للقاضي أن يخرجهُ، لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه كان مختار الميت ومرضىة فإنقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع وفور شفقتِهِ فأولى أن يُقدم على غيره، وكذا إذا شك الورثة أو

﴿حاشية السهام﴾

لو شك إلى القاضي الوصي عجزه لا يُجيبه القاضي حتى يعرف العجز [٢/٥٣٨/٨] ^(١) من الوصي^(٢) حقيقة. ذكره تفرعاً على مسألة «المختصر».

قال شمس الأئمة السرخسي^(٣) في «شرح الكافي»: «وإن كان الوصي هو الذي شك إلى القاضي عجزه عن التصرف؛ فعلى القاضي أن ينظر في ذلك، فإن عليم عدالته وعجزه عن الاستبداد؛ صم إليه غيره؛ لأنه لو لم يفعل ذلك؛ فلما أن يضطر الوصي بالعجز عن التصرف في حقوق نفسه، أو يترك التصرف في حوائج الموصي، فيتمكن الخل في مقصوده، ويرتفع هذا الخل بصم غيره إليه؛ وإن ظهر عنده^(٤) عجزه عن القيام بالوصية استبدل به؛ لأنه مأمور بالنظر من الجانبين، ولو ظهر عند الموصي في حياته عجزه استبدل به، فكذلك من قام مقامه في النظر من الجانبين وهو القاضي».

قوله: (ولهذا قدم على أب الميت)، أي: ولأجل أن وصي الميت مختار الميت قدم على أب الميت في التصرف، فبالطريق الأولى أن يُقدم الوصي على وصي القاضي الذي هو غير أب الميت.

قوله: (وكذا إذا شك الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي، فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يتدو له منه حيابة)، وهذه أيضاً ذكرت تفرعاً.

(١) الترفيع الداخلي لهذه اللوحة مكرر.

(٢) وقع بالأصل: «الموصي». والمثبت من: «ن»، «م»، «هـ»، «و»، «غ»، «ر».

(٣) وقع بالأصل: «ظهر إليه». والمثبت من: «ن»، «م»، «هـ»، «و»، «غ»، «ر».

عنه عليه السلام

عَنْ أَبِي بَعْنٍ، وَالْخَصُومَةِ فِي حَقِّ الْمَيْتِ^(١)، إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْمُخْتَصَرِ».

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمته: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي الْمَالِ بِدُونِ صَاحِبِهِ
قَالَ الْكَرْجِيُّ رحمته فِي «مُخْتَصَرِهِ»: «وَقَالَ ابْنُ رَسْتَمٍ: قَالَ مُحَمَّدٌ رحمته: قَالَ أَبُو
حَنِيفَةَ رحمته يَجُوزُ فِعْلُ أَحَدِ الْوَصِيِّينَ^(٢) فِي خَمْسَةِ أَشْيَاءَ: الشِّرَاءَ لِلْكُثُوفَةِ وَالطَّعَامَ،
وَتَنْفِيزَ الْوَصِيَّةِ، وَشِرَاءَ الْكُفْرِ، وَتَقَاضِي الدَّيْنِ، وَيَكُونُ خَصَمًا عَنِ الْمَيْتِ، فِيهِ
الْخَمْسَةُ أَشْيَاءُ يَجُوزُ فِعْلُهُ فِيهَا وَحْدَهُ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ رحمته، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمته
يَجُوزُ فِعْلُ أَحَدِهِمَا فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ كُلِّهَا^(٣)، إِلَى هَذَا لَفْظُ الْكَرْجِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى
وَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الطَّحَاوِيُّ رحمته فِي «مُخْتَصَرِهِ»: «وَلَيْسَ لِأَحَدِ الْوَصِيِّينَ أَنْ
يَشْتَرِيَ لِلْوَرَثَةِ إِذَا كَانُوا صَغَارًا إِلَّا الْكُثُوفَ وَالطَّعَامَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ خَادِمًا إِنْ
اِحْتَاجُوا إِلَيْهَا إِلَّا بِأَمْرِ صَاحِبِهِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته»^(٤).

قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ: «وَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ رحمته فِي «نَوَاجِرِهِ»: وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا
أَنْ يَفْعَلَ شَيْئًا دُونَ صَاحِبِهِ إِلَّا فِي سِتَّةِ أَشْيَاءَ فَإِنَّهَا^(٥) يَجُوزُ لَهُ دُونَ أَمْرِ صَاحِبِهِ وَهِيَ
شِرَاءُ كَفْرِ الْمَيْتِ، وَقَضَاءُ دَيْنِهِ، وَإِنْفَاقُ وَصِيَّتِهِ فِيمَا أَوْصَى بِهِ مِنْ صَدَقَةٍ أَوْ
نَحْوِهَا، أَوْ شَيْءٍ لَرَجُلٍ كَانَ لَهُ بَعْنُهُ فِي يَدِ الْمَيْتِ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ، وَفِي الْخَصُومَةِ فِيمَا
يُدْعَى عَلَيْهِ، وَفِي الْخَصُومَةِ فِيمَا يُدْعَى لِلْمَيْتِ مِنْ [٢/٥٣٢٩/٨] الْحَقِّ قِيلَ النَّاسُ،
فَأَمَّا غَيْرُ ذَلِكَ مِنْ شِرَاءٍ أَوْ بَيْعٍ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ»^(٦).

(١) ينظر المختصر القنوري [ص/٢٤٢].

(٢) وقع بالأصل «الوصيين» والمشتق من: «٥٨»، و«٥٩»، و«٦٠»، و«٦١»، و«٦٢»، و«٦٣»، و«٦٤»، و«٦٥».

(٣) ينظر شرح مختصر الكرجي للقنوري [ق/١٠٣/١/د].

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦١].

(٥) وقع بالأصل «إثني» والمشتق من: «٥٨»، و«٥٩»، و«٦٠»، و«٦١»، و«٦٢»، و«٦٣»، و«٦٤»، و«٦٥»، وهو الموافق لما وقع
في: «مختصر الطحاوي».

(٦) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٦١].

باب الوصي وما يملكه

وقال أبو بكر الرازي رحمه الله في شرحه لـ «مختصر الطحاوي» ^(١) «ولم يذكر شراء الكسوة والطعام في هذه الرواية، وهو مما يجوز لأحدهما أن يفعله في قولهم جميعاً، وليس ما ذكرته من «النوادر» محالاً لما في الأصول، وإنما هو تفسير لما أُجمل ذكره في الأصول» ^(٢).

وقال في «المختلف»: «إذا أوصى إلى رجلين: يتفرّد كل واحد منهما بالتصرف في قول أبي يوسف رحمه الله.

وقالاً [٥٥١/٣]: لا يتفرّد إلا في سبعة أشياء: شراء الكف، وقضاء الدين من العبي، وتنفيذ الوصية في عيني، وردّ الوديعة، وشراء الطعام والكسوة للصغير، والحصومة، وقبول الهدية» ^(٣).

وحاصله ما قالوا في «شروح الجامع الصغير»: أن أحد الوصيين لا يتفرّد بالتصرف فيما هو من باب الولاية عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: يتفرّد.

وأجمعوا فيما [هو] ^(٤) ليس من باب الولاية أنه يتفرّد كل واحد منهما، وذلك مثل شراء ما لا بُدّ للصغير منه، كالطعام والكسوة وبيع ما يُحسَن عليه الثوى والتلف، لأنه من باب الضرورة؛ ولهذا تملك الأم، ومثل شراء الكمين، لأنه ضروري لا يمتنع على الولاية ^(٥)، ألا ترى أن الأم تملكه.

(١) وقع بالأصل: «إن لم»، والمثبت من ١٥٠، و١٥١، و١٥٢، و١٥٣، و١٥٤، و١٥٥، و١٥٦، وهو المعافى لما وقع في: «شرح مختصر الطحاوي».

(٢) بظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [١٨٧/٤].

(٣) بظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٩٣٧/٣].

(٤) ما بين المقتولين: زيادة من: «ع».

(٥) وقع بالأصل: «عليه الولاية»، والمثبت من ١٥٠، و١٥١، و١٥٢، و١٥٣، و١٥٤، و١٥٥، و١٥٦.

ولهذا لو مات رجل في محله قوم ومعه مال، فكفوة ودفوة من ماله ما
 وإن لم تكن لهم ولاية، ولأنه ربما يكون أحد الوصيين عائلاً، فلو لم يخرجه
 أحدهما دخل في ذلك ضرر وفساد، وكذلك شراء الكسرة والطعام للضاربين
 للتلوي، كما قال العقبة أبو الليث في «مختلف الرواية»^(١)، وفي كتاب «نكت
 الوصايا».

ومثل قضاء الدين، لأن من له الدين يملك أخذه، فليس التسليم من الولاية
 في شيء، وكذلك تسليم الدائع، وكذلك رد المعصوب، لأن من له حق يملكه
 أيضاً، وجميع الأموال الصائغة المتفرقة يتفرّد به أحدهما، لأنه ليس من باب
 الولاية، ألا ترى أن العيران يفعلون ذلك، وكذلك الحصوة فيه يتفرّد بها
 أحدهما، كأحد الوكيلين بالحصوة يتفرّد بها أحدهما، فأحد الوصيين أولي، لأن
 ولاية الوصي أعم، ولهذا كان للوصي أن يوصي إلى غيره، بخلاف الوكيل ليس
 له أن يوكل غيره.

وكذلك ما أتبع ما تنازع إليه المصاد، لأنه من باب الضرورة، وكذلك
 رد البيع العايد على هذا، وكذلك نفي الوصية بشيء مغيه إذا كان يخرج من
 الثلث، فله فرض له أن يأخذه، وكذلك لأحدهما أن يعيه على ذلك بالتسليم

قال في «شرح الطحاوي»^(٢) «وكذلك لأحدهما أن ينفذ الوصايا المشبهة،
 أو ينفذ الوصية من حسر ذلك المال الذي أوصى به، نحو ما إذا أوصى بدراهم
 لرجل فأدّى أحدهما تلك الوصية من الدراهم، أو كانت ثياباً فأدّى من حسر تلك
 الثياب من حيث إنه لا يحتاج إلى التصرف فإنة يخرز أداؤه، فأما إذا احتاج إلى

لِأَنَّ اخْتِيَارَ الْأَبِ إِيَّاهُمَا يُؤْخِذُ بِاخْتِصَاصِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشَّقَّةِ فَيُنْزَلُ ذَلِكَ نَزْلَةً قَرَانَةً كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا. وَلَهُمَا أَنْ الْوِلَايَةُ تُثَبِّتُ بِالتَّقْوِيسِ فَيَرَاغَى وَصْفُ

عبد السيد

قَالَ الْفَقِيهُ رحمته الله: «وبهذا القول تأخذ». ثُمَّ قَالَ: «ودكر عن الشيخ أبي بكر الإسكافي رحمته الله أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: الاختلاف في الفصلين واحد، وكان أبو موسى الراري رحمته الله يقول هكذا، وكان يستدل بمسألة في كتاب «الزيادات» أن جارية بين رجلين جاءت بولد فادّعىا جميعا فهو ابنهما.

فَإِنْ أَوْصَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْاِبْنَيْنِ إِلَى رَجُلٍ ثُمَّ مَاتَا جَمِيعًا؛ فَلَيْسَ لِأَحَدٍ الْوَصِيَّةِ أَنْ يَتَصَرَّفَ دُونَ الْآخَرِ فِي قَوْلِ أَبِي حَبِيقَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمته الله، وَفِي قَوْلِ أَبِي يُونُسَ رحمته الله يَجُوزُ، فَقَدْ ذَكَرَ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ الْاِخْتِلَافَ، وَإِنْ كَانَ أَوْصَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى رَجُلٍ عَلَى جِدَّةٍ قَالَ: فَكَذَلِكَ [٥٥٥٧/٣] فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

ثُمَّ قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله: «وكان الفقيه الجليل أبو جعفر رحمته الله يقول: يجوز أن يقال: إنه إذا أوصى إليهما جميعا لا يجوز لأحدهما أن يتصرف دون الآخر في قولهم جميعا، وإنما الاختلاف في الذي أوصى إلى كل واحد منهما على جِدَّةٍ».

ثُمَّ قَالَ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله: «ولكن الذي قاله أبو القاسم الصغار أصح عندي، وهو أنه إذا أوصى إلى كل واحد منهما على جِدَّةٍ؛ جاز لكل واحد منهما أن يتصرف في قولهم جميعا؛ لأن كل واحد منهما صار وصيا تاما؛ لأنه قد رضى برأي كل واحد منهما، ألا ترى أنه لو وكل وكيلين كل واحد منهما على جِدَّةٍ بالبيع [٢٣١/٨] والشراء أو بالكاح، جاز لكل واحد منهما أن يتصرف في قولهم جميعا، فكذلك ما هنا».

وَأَمَّا الَّذِي قَالَهُ أَبُو بَكْرِ الْإِسْكَافِيُّ رحمته الله: فهو أن وصايتهما على جِدَّةٍ أو جميعا معا سواء؛ لأنه ثبت وصايتهما عند الموت؛ لأن الرجل ما لم يمُت لا بصير واحد

التعويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مفيد، وما رضي الموصي إلا
بالمشئ وليس الواحد كالمثنى، بخلاف الأخوين في الإنكاح لأن الشب
هاتيك القرابة وقد قامت بكل منهما كملاً. ولأن الإنكاح حق مستحق له
(١٠٩١) على الولي، حتى لو طابته بإنكاحها من كفو يخطبها يجب عليه وفي
حق التصرف للمولى (١). ولهذا بقي مخيراً في التصرف، ففي (٢) الأول أوفى
حقاً على صاحبه فيصح، وفي (٣) الثاني استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح عنه
الدين الذي عليهما ولهما، بخلاف الأشياء المعدودة لأنها من باب الضرورة
لا من باب الولاية، ومواضع الضرورة مستتاة أبداً، وهي ما استتاه في الكتاب
وأحوالها. فقال (إلا في شراء كفن الميت وتجهيزه) لأن في التأخير فداء
الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك

في نسخة

منهما وصياً، فإذا ثبت أنهما صاراً وصيين في حالة واحدة؛ صارت الوصية في
حالة واحدة وفي حالين سواء. كذا في كتاب «نكت الوصايا».

قوله: (إذ هو شرط مفيد)، أي: وصف الاجتماع شرط مفيد.

قوله: (ففي الأول أوفى حقاً على صاحبه)، أي: في الإنكاح أوفى أحد
الأخوين حقاً واجباً على صاحبه (وفي الثاني)، أي: في الوصاية استوفى أحد
الوصيين حقاً لصاحبه، فصح الأول دون الثاني.

أضله: الدين إذا كان على الرجلين فأدّى أحدهما ما على الآخر صح، وإن
كان الدين لرجلين فاستوفى أحدهما نصيب الآخر لا يصح.

قوله: (ولهذا يملكه الجيران)، أي: ولاجل أن في تأخير شراء الكفن فداء

(١) في (ط): «الموصي»

(٢) في الأصل: «يبيع»

(٣) في الأصل: «وفاء».

وطعام الصغار وكسوتهم ، لأنه يخاف موتهم جوعاً وغزياً (ورد الوديعة بعينها ورد المغضوب والمشتري شراءً فاسداً وحفظ الأموال وقضاء الديون) لأنها ليست من باب الولاية فإنه يملكه المالك ، وصاحب الدين إذا ظهر بحسن حقه وحفظ المال يملكه من يقع في يده فكان من باب الإعانة ، ولأنه لا يحتاج به إلى الرأي (وتنفيد وصية بعينها وعق عتيد بعينه) لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي (والخصومة في حق الميت) لأن الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين (وقبول الهبة) لأن في التأخير خيفة الفوات ، ولأنه يملكه الأم والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية (وبيع ما يخشى عليه الثوى والتلف) لأن فيه ضرورة لا تخفى (وجمع الأموال الضائعة) لأن في التأخير خيبة الفوات ، ولأنه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية .

وفي : «الجامع الصغير» : وليس لأحد الوصيين أن يبيع ويتقاضي ، والمراد بالتقاضي : الإقتضاء ، كذا كان المراد منه في عرفهم ، وهذا لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض ، ولأنه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف الجنس على ما عرفت فكان من باب الولاية .

عبد السيد

الميت يملك الجيران التكفين .

قوله : (وطعام الصغار وكسوتهم) ، بالجز عطفاً على قوله (في شراء الكفن) ، وكذلك قوله : (ورد الوديعة بعينها ، ورد الوديعة بعينها ، ورد المغضوب ، والمشتري شراءً فاسداً ، وحفظ الأموال ، وقضاء الدين) كل ذلك بالجز ، وكذلك قوله : (وتنفيد وصية بعينها ، وعق عتيد بعينه) ، و(الخصومة) ، و(قبول الهبة) ، و(بيع ما يخشى عليه الثوى والتلف) ، و(جمع الأموال الضائعة) ، كل ذلك بالجز .

قوله : (والمراد بالتقاضي : الإقتضاء) ، أي : القبض .

ولو أوصى إلى كل واحد على الانفراد، قبل، بفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة بمنزلة الوكيلين إذا وكل^(١) كل واحد على الانفراد، وهذا لإلته^(٢) لما أفرد فقد رضي برأي الواحد. وقيل الخلاف في الفصلين واحد، وهو الأصح لأن وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين، لأن الوكالة تتعاقب.

فإن مات أحدهما: جعل القاضي مكانه وصيًا آخر، أما عندهما فلأن الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم^[٢٠٧] القاضي إليه وصيًا آخر نظرًا للميت عند عجزه. وعند أبي يوسف الحي منهما وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه متصرفًا في حقوقه، وذلك ممكن التحقيق بتصب وصيًا آخر مكان الميت.

غاية البيان

قوله: (لو أوصى إلى كل واحد على الانفراد، قبل: يتفرد كل واحد منهما بالتصرف)، وهو قول أبي القاسم الصغار، وإليه ذهب الفقيه أبو الليث^{رحمه الله}، وقيل: الخلاف في الفصلين واحد، وهو قول أبي بكر الإسكافي^{رحمه الله}. وقد مر قبل هذا.

قوله: (فإن مات أحدهما: جعل القاضي مكانه وصيًا آخر)، ذكره بسيل التفريع على مسألة «المختصر»، أي: إن مات أحد الوصيين جعل القاضي مكانه وصيًا آخر، [أما]^(٣) عندهما ظاهرًا؛ لأن أحد الوصيين لا يتفرد بالتصرف عدعًا فيما سوى الأشياء المملوكة، وكان أحدهما عاجزًا عن التفرد بالتصرف، والقاضي قائم مقام الميت في النظر لعجزه، فيضم إلى الحي وصيًا آخر نظرًا للميت.

(١) في الأصل: «إذا وكل».

(٢) في الأصل: «الانفراد ولاية».

(٣) ما بين المعقوفين زيادة من «٥٠»، و«٥١»، و«٥٢»، و«٥٣»، و«٥٤».

أولو أن الميت |^(١) منهما أوصى إلى الحي فلهي أن يتصرف وحده في
 طاهر الزاوية بمنزلة ما إذا أوصى إلى شخص آخر، ولا يحتاج القاضي إلى
 نصب وصي آخر لأن رأي الميت باقي حكماً برأي من يخلقه.

[١٥٨٠] وأما عند أبي يوسف رحمته : إن كان أحد الوصيين |^(٢) ينفرد
 بالتصرف في كل الأشياء، فيصم القاضي إلى الحي وصياً آخر، لأن مقصود الميت
 أن يخلقه الساب في التصرف، ونحقيق مقصوده بضم وصي آخر إلى الباقي
 منكر، فيصم القاضي إليه.

قوله: (ولو أن الميت منهما أوصى إلى |^(٣) الحي) فلهي أن يتصرف وحده
 في طاهر الزاوية، ذكره بسبيل التفريع أيضاً، وذلك لأن رأي الميت باقي هنا حكماً
 برأي من يخلقه، فصار كما لو أوصى إلى شخص آخر فلا يحتاج القاضي إلى
 نصب وصي آخر.

وقال شمس الأئمة السرخسي رحمته في «شرح الكافي»: «وروي الحسن عن
 أبي حنيفة رحمته أن الحي لا ينفرد بالتصرف ^(٤) هذا، لأن الموصي ما رضي برأيه
 وحده، ولا يكون للموصي أن يرضى بما يعلم أن الموصي لم يرض به، بخلاف ما
 لو وصى إلى غيره ^(٥)».

وقال الفقيه أبو الليث رحمته : «وإذا كانا وصيين فعات أحدهما، وأوصى إلى
 صاحبه، فهو جائز، ويجوز للباقي أن يتصرف في المال، وروي عن أبي حنيفة
 أنه قال: لا يجوز، ويتنهي للقاضي أن يخلع معه آخر».

(١) ليس في الأصل.

(٢) ما بين المخطوطين زيادة من ٥٨، و٥٩، و٦٠، و٦١، و٦٢، و٦٣، و٦٤، و٦٥.

(٣) رفع بالأصل «بالوصية» والمشت من ٥٨، و٥٩، و٦٠، و٦١، و٦٢، و٦٣، و٦٤، و٦٥ وهو المواضع هنا
 رفع في «المبسوط» للسرخسي.

(٤) يطر «المبسوط» للسرخسي [٢٦/٢٨].

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَنْقَرِدُ بِالتَّصَرُّفِ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ مَا رَضِيَ بِتَصَرُّفِهِ وَخُذَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى إِلَى غَيْرِهِ لِأَنَّهُ يَنْقُذُ تَصَرُّفَهُ بِرَأْيِ الْمُتَنَّى كَمَا رَضِيَ الْمُتَوَفَّى.

وَإِذَا مَاتَ الْوَصِيُّ وَأَوْصَى إِلَى آخَرَ؛ فَهُوَ وَصِيَّتُهُ فِي تَرِكَتِهِ وَتَرِكَةُ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ عِنْدَنَا.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ؛ اعْتِبَارًا بِالتَّوَكُّلِ

عَلَيْهِ السَّلَامِ

وَجِهَ هَذِهِ الرِّوَايَةِ: أَنَّ الْمَيِّتَ لَمَّا أَوْصَى إِلَى صَاحِبِهِ فَقَدْ رَضِيَ بِتَصَرُّفِهِ، فَجَازَ فِعْلُهُ كِفْعَلِهِمَا جَمِيعًا، أَلَّا تَرَى أَنَّهُمَا لَوْ كَانَا حَيِّينِ فَأَذِنَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ، فَفَعَلَ جَازَ فِعْلُهُ فِي قَوْلِهِمَا جَمِيعًا، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَأَمَّا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته الله الَّذِي رَوَى عَنْهُ [هَلَالٌ] ^(١) فِي كِتَابِ «الْوَقْفِ»: أَنَّ الْمَيِّتَ رَضِيَ بِرَأْيِ الْإِثْنَيْنِ وَلَمْ يَرْضَ بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا، وَفِي احْتِمَاعِ رَأْيِهِمَا مَنَفْعَةٌ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ قَصَدَ أَنْ يَكُونَ مَالُهُ بِتَدْبِيرِ اثْنَيْنِ؛ لَكِنِّي يَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَقِيًّا عَلَى صَاحِبِهِ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا فَقَدْ فَاتَ ذَلِكَ الْمَعْنَى، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مَالُهُ بِتَدْبِيرِ إِنْسَانٍ وَاحِدٍ. كَذَا ذَكَرَ فِي كِتَابِ: «نَكْتِ الْوَصَايَا».

قَوْلُهُ: (وَإِذَا مَاتَ الْوَصِيُّ وَأَوْصَى إِلَى آخَرَ؛ فَهُوَ وَصِيَّتُهُ فِي تَرِكَتِهِ وَتَرِكَةُ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ عِنْدَنَا. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمته الله): لَا يَكُونُ وَصِيًّا فِي تَرِكَةِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ). ذِكْرُهُ بِسَبِيلِ التَّفْرِيعِ أَيْضًا.

قَالَ فِي «وَجِيزِهِمْ»: «أَمَّا الْوَصِيُّ: فَلَيْسَ لَهُ الْإِبْصَاءُ إِلَّا إِذَا أَدِنَ لَهُ الْوَلِيُّ فِي الْإِبْصَاءِ، وَلَهُ ذَلِكَ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ» ^(٢)، إِلَى هَذَا لَفْظُ «الْوَجِيزِ».

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْتَوِفَيْنِ رِيَادَةٌ مِنْ «ن»، وَ«م»، وَ«ف»، وَ«ع»، وَ«ر».

(٢) بَنَظَرَ «الْوَجِيزِ» مَعَ الْعَرَبِ شَرَحَ الْوَجِيزَ لِلْعَرَابِيِّ [٢٧٢/٧].

في حالة الحياة، الجامع بينهما أنه رضي برأيه لا برأي غيره. ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه قبلك الإيصاء إلى غيره كالجد، ألا ترى أن الولاية

عبد المبارك

وجه قوله: أن الميت رضي برأي الوصي لا برأي غيره، فصار كالوكيل في حال الحياة، ثم الوكيل لا يجوز أن يوكل غيره، فكذا الوصي لا يجوز [له] ^(١) أن يوصي إلى غيره.

ولنا: أن الوصي إنما يتصرف بولاية منتقلة إليه من الميت بطريق الخلافة كالجد، ألا ترى أن الولاية تنتقل منه إلى الوصي في المال، وإلى الجد في النفس، حتى كان له تزويج [٢/٣٣٢/٨] الصغار والصغائر ^(٢)، واستيفاء القصاص، ثم الجد يقوم مقام الأب؛ لأنه خلف عنه، فيوصي إلى غيره، وكذا الوصي؛ لأنه خلف عن الميت أيضاً، فجاز أن يوصي إلى غيره فيما له ولاية عند موته.

وكان للوصي ولاية عند موته في ماله وتركته الموصي جميعاً، فتصح وصايته ^(٣) فيهما جميعاً، فينزل الوصي الثاني منزلة الوصي الأول فيهما، ولأن مقصود الموصي أن يتدارك برأي الوصي ما فرط فيه بنفسه، ولما استعان به مع علمه أن الميتة تحترمه قبل حصول مقصود الموصي منه؛ صار راضياً بإيصائه إلى

(١) ما بين المعقوفين زيادة من: «ن»، «م»، «و» و«أ»، «ع»، «و».

(٢) يعني جمع صبرة، وقد اشتهر هذا المصنف على ألسنة كثير من الفقهاء، وقد اعترضه غير واحد من الحاة وأكروه، قال في «المصباح»: «الصبرة صفة جمعها، صغار، ولا تجمع على صغائر. قال ابن عيسى إذا كانت فعيلة لمؤنث ولم تكن بمعنى معولة، فليجمعها ثلاثة أمثلة. يقال بالكسر، وفعلت، وفعلوا، فالأول مثل، ضيحة وصباح، والثاني مثل، صحيفة وصحائف، وقد يشتمون بفعل عن فعائل، قالوا: سبية وبيضان، وصغيرة وجبار، وكبرة وكبار، ولم يقولوا سمائ ولا صغائر ولا كبار في الشئ، وإنما جاء ذلك في النثوب». وقال ابن معصوم: «وهي ضغيرة، وهي صغيرات، وصغار، ولا نقل صغائر إلا في النثوب». ينظر: «المصباح المبيد للبرقي» [٢/٣٤٠/٨] مادة صغر، و«الطراز الأول» لابن معصوم [٢/٢٤٨/٨].

(٣) وقع بالأصل «وصيته». والمثبت من: «ن»، «م»، «و» و«أ»، «ع»، «و».

الَّتِي كَانَتْ قَائِمَةً لِلْمُوصِي تَقِفُ إِلَى الْوَصِيِّ فِي الْمَالِ وَإِلَى الْجَدِّ فِي النَّفْسِ،
ثُمَّ الْجَدُّ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَبِ فِيمَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَكَذَا الْوَصِيُّ، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِصْءَاءَ^(١)

عَلَيْهِ السَّلَامُ

غَيْرِهِ دَلَالَةٌ لَتَمِيمٍ مَقْصُودِهِ، وَلَيْسَ الْوَصِيُّ كَالْوَكِيلِ؛ لِأَنَّ [٥٥٨، ٣] الْمُوَكَّلَ حَيٌّ
قَائِمٌ يُمْكِنُ تَحْصِيلُ مَقْصُودِهِ بِنَفْسِهِ، فَلَا يَتَضَمَّنُ تَوْكِيلُهُ تَوْكِيلَ وَكِيلِهِ غَيْرُهُ دَلَالَةٌ،
أَوْ إِصْءَاءَ وَكِيلِهِ إِلَى غَيْرِهِ عِنْدَ مَوْتِهِ.

وَقَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْبَلْبِثِ رحمته الله فِي كِتَابِ «نُكْتِ الْوَصَايَا»: «إِذَا أَوْصَى الْوَصِيُّ
إِلَى الثَّانِي فِي تَرْكِهِ وَتَرْكِه الْأَوَّلِ؛ فَالثَّانِي وَصِيَّهُمَا جَمِيعًا، وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى إِلَى
الثَّانِي وَلَمْ يَذْكُرْ تَرْكِه الْأَوَّلِ؛ فِي قَوْلِ عُلَمَائِنَا: صَارَ الثَّانِي وَصِيَّهُمَا أَيْضًا، وَفِي
قَوْلِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى رحمته الله: يَكُونُ لِلثَّانِي خَاصَّةٌ، وَلَا يَكُونُ وَصِيًّا لِلأَوَّلِ.

فَأَمَّا إِذَا أَوْصَى إِلَيْهِ فِي تَرْكِهِ وَتَرْكِه الْأَوَّلِ؛ جَارَ ذَلِكَ، وَهُوَ طَرِيقُ الْإِسْتِحْسَانِ،
وَكَانَ الْقِيَاسُ إِلَّا بِجَوْرٍ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ، وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكَّلَ غَيْرُهُ
مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِذَلِكَ، فَكَذَلِكَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ فِي مَالِ الْأَوَّلِ إِذَا لَمْ يُؤْمَرْ.

وَفِي الْإِسْتِحْسَانِ: بِجَوْرٍ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَمَّا أَوْصَى إِلَيْهِ، فَقَدْ عَلِمَ أَنَّ الْوَصِيَّ لَا
يَعِيشُ أَبَدًا، وَلَمْ يُجِبْ أَنْ تَكُونَ أَمْرُهُ ضَائِعَةً، فَصَارَ كَأَنَّهُ أَذِنَ لَهُ أَنْ يُوصِيَ إِلَى
غَيْرِهِ مِنْ طَرِيقِ الدَّلَالَةِ، وَإِنْ لَمْ يَأْذِنْ لَهُ بِالْإِفْصَاحِ، وَلَوْ كَانَ أَذِنَ لَهُ بِالْإِفْصَاحِ جَارَ
لَهُ حِينَئِذٍ أَنْ يُوصِيَ إِلَى غَيْرِهِ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَذِنَ لَهُ بِالدَّلَالَةِ، بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ؛ لِأَنَّ
الْوَكَالَهَ لَا تَصَحُّ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى الثَّانِي وَلَمْ يَذْكُرْ تَرْكِه الْأَوَّلِ: فَقِي قَوْلُ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: يَكُونُ
وَصِيًّا لَهُ خَاصَّةً، وَلَا يَكُونُ وَصِيًّا لِلأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ وَصِيًّا نَفْسِهِ، وَلَمْ يَجْعَلْهُ وَصِيًّا
لِلأَوَّلِ.

إقامته غيره مقامه فيما له ولاية، وعند الموت كانت له الولاية في الترتين منزل الثاني منزله فيهما.

ولأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه قد تعثر به المنيّة قبل تميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما قرط منه صار راضياً بإيصائه إلى غيره، بخلاف

عنه البين

وأما مذهب علمائنا رحمهم الله: أن الوصيّ لما أوصى إلى الثاني؛ فقد قوض إليه أمر نفسه، وأمور الأول من أمور نفسه، فصار كأنه أوصى إليه في تركه الأول أيضاً من طريق الدلالة؛ لأنه من أموره، وإن لم يذكر بالانفصاح، فإذا كان هكذا صار الثاني وصيهما جميعاً.

وقال الفقيه رحمهم الله [٢/٣٣٢/٨] أبو الليث رحمهم الله في «مختلف الرواية»: «ولو أن هذا الوصيّ قال للثاني: جعلتك وصياً في تركتي؛ فقد روي عن أبي حنيفة رحمهم الله أنه قال: هو وصيه في المالين جميعاً، وروي عن أبي يوسف ومحمد رحمهم الله أنهما قالاً: هو وصي في تركه الثاني خاصة^(١).

وجه قولهما: أنه يتصرف بالأمر، فاخصّ تصرفه بما خصّ بالأمر كالوكيل. ولأبي حنيفة رحمهم الله: أن تركه مؤصيه تركه أيضاً، فللوصي الثاني أن يتصرف بهما جميعاً، ولا يحتصّ تصرفه بنوع دون نوع، كما أنه لو أوصى إليه في العين؛ كان وصياً في العين والدين جميعاً عند أبي حنيفة رحمهم الله.

قوله: (وعند الموت كانت له الولاية في الترتين)، أي: عند موت الوصي كانت له ولاية في مال نفسه الذي يتركه، وفي تركه مؤصيه، فيرل الثاني منزلة الأول في المالين جميعاً، فيصح تصرفه فيهما جميعاً.

قوله: (تلافي ما قرط منه)، أي: تدارك ما سبق من الميت في التفصير، ولو

الْوَكِيلِ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ حَيْثُ يُفَعِّلُهُ أَنْ يُحْصَلَ مَقْصُودُهُ بِنَفْسِهِ فَلَا يَرْضَى بِتَوَكُّلِ
غَيْرِهِ وَالْإِبْصَاءُ إِلَيْهِ.

قال: وَمُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ الْمُوصَى لَهُ عَنِ الْوَرِثَةِ جَائِزَةٌ، وَمُقَاسَمَةُ الْوَرِثَةِ عَنِ
الْمُوصَى لَهُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ خَلِيفَةُ الْمَيِّتِ حَتَّى يَرُدَّ بِالْعَيْنِ وَيَرُدَّ عَلَيْهِ

← غايه اليسار →

قَالَ: مَا فَرَّطَ فِيهِ بِالتَّشْدِيدِ؛ كَانَ أَوْلَى، أَيْ: مَا قَصَّرَ فِيهِ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَمُقَاسَمَةُ الْوَصِيِّ الْوَصِيِّ لَهُ عَنِ الْوَرِثَةِ جَائِزَةٌ، وَمُقَاسَمَةُ الْوَرِثَةِ عَنِ الْوَصِيِّ لَهُ بَاطِلَةٌ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١).

وَالْمُقَاسَمَةُ: قِتْلُ الْقِسْمَتَيْنِ اثْنَيْنِ، وَهُوَ أَنْ يَقْسِمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَعَ الْآخَرِ شَيْئًا^(٢).

اعلم: أَنَّ مُقَاسِمَةَ الْوَصِيِّ الْمَوْصَى لَهُ بِالثَّلَاثِ بَيَّانَةٌ عَنِ الْوَرَثَةِ إِذَا كُنُوا صَعَارًا
[٣/٥٥٩] وَكَانَ بَعْضُهُمْ كَبِيرًا غَائِبًا جَائِزَةً، حَتَّى لَوْ أَفْرَزَ نَصِيبَ الْمَوْصَى لَهُ بِالثَّلَاثِ
إِيَّاهُ، وَأَمْسَكَ الثَّلَاثِينَ لِلْوَرَثَةِ، فَهَلَكَ الثَّلَاثَانِ فِي يَدِهِ؛ لَمْ تَرْجِعِ الْوَرَثَةُ عَلَى الْمَوْصَى
لَهُ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ قِسْمَتَهُ لَمَّا جَازَتْ عَلَيْهِمْ صَارَ هَلَاكُ نَصِيبِهِمْ فِي يَدِهِ كَهَلَاكِهِ فِي
أَيْدِيهِمْ.

ولو كَانَ هَلَاكُهُ فِي أَيْدِيهِمْ بَعْدَ الْقِسْمَةِ لَمْ يَرْجِعُوا عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِشَيْءٍ ،
فَكَذَا هَذَا ، وَمَقَاسِمَةُ الْوَصِيِّ الْوَرَثَةَ نِيَابَةً عَنِ الْمُوصَى لَهُ بِاطْلَافٍ ، حَتَّى لَوْ أُعْطِيَ
الْوَرَثَةَ نَصِيبَهُمْ ، وَأَمْسَكَ نَصِيبَ الْمُوصَى لَهُ فِي يَدِهِ ، وَهُوَ الثَّلَاثُ ، فَهَلَكَ الثَّلَاثُ فِي
يَدِهِ ، كَانَ لِلْمُوصَى لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الْوَرَثَةِ بِثُلَاثٍ مَا فِي أَيْدِيهِمْ ، فَصَارَ هَلَاكُهُ بَعْدَ
قِسْمَةِ الْوَصِيِّ كَهَلَاكِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ .

(١) ينظر: «الحمام الصغير/مع شرحه الدفيع الكبير» [ص/٥٢٨].

(٢) وقع بالأصل «شيء» والمثبت من «ال» و«م» و«ا» و«٢» و«ع» و«ر»

بِهِ وَيَصِيرُ مَقْرُورًا بِشِرَاءِ الْوَارِثِ وَالْوَصِيُّ خَلِيفَةُ الْمَيِّتِ أَيْضًا فَيَكُونُ خَصْمًا

﴿عبد البيان﴾

وَلَوْ هَلَكَ شَيْءٌ قَبْلَ الْقِسْمَةِ كَانَ الْبَاقِي أَثْلَاثًا بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَالْمُوصِي لَهُ،
مِثْلَ ذَلِكَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ؛ لِأَنَّهُ قِسْمَتُهُ كَلَا قِسْمَةٍ، وَلَكِنْ لَا ضَمَانَ عَلَى الْوَصِيِّ؛ لِأَنَّهُ
أَمِينٌ فِي الْحِفْظِ، دَائِمٌ عَلَى الْقَبْضِ الْأَوَّلِ.

وَوَجْهُ ذَلِكَ: أَنَّ الْوَارِثَ قَائِمٌ مَقَامَ الْمَيِّتِ، خَلَفَ عَنْهُ فِي أُمْلَاكِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ،
وَالْوَصِيُّ نَائِبٌ مَنَابَ الْمَيِّتِ، فَيَكُونُ قَائِمًا مَقَامَ الْوَارِثِ فِي حُكْمِ الْخِلَافَةِ، فَصَحَّتْ
قِسْمَتُهُ عَلَيْهِمْ؛ وَلِهَذَا يَرُدُّ الْوَارِثُ [٨/٣٣٣ م] بِالْعَيْبِ، وَيَرُدُّ عَلَيْهِ بِهِ، وَيَصِيرُ مَقْرُورًا
بِشِرَاءِ الْمَوْرُوثِ، فَصَارَ هَلَاكُ^(١) نَصِيْبِهِمْ فِي يَدِهِ كَهَلَاكِهِ فِي أَيْدِيهِمْ.

أَمَّا الْمُوصِي لَهُ: فَلَيْسَ بِخَلَفٍ عَنِ الْمَيِّتِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ الْوَصِيَّةُ تَعْلِيكٌ
مَبْتَدَأٌ، وَلِهَذَا لَا يَرُدُّ^(٢) الْمُوصِي لَهُ بِالْعَيْبِ وَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ، وَلَا يَصِيرُ مَقْرُورًا بِشِرَاءِ
الْمُوصِي، فَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْمُوصِي لَهُ خَلَفًا عَنِ الْمَيِّتِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، لَمْ يَلْزَمْ مِنْ
صَرُورَةِ كَوْنِ الْوَصِيِّ قَائِمًا مَقَامَ الْمَيِّتِ أَنْ يَكُونَ قَائِمًا مَقَامَ الْمُوصِي لَهُ، وَالْمُوصِي
لَهُ لَمْ يَقْوَصِ الْأَمْرَ إِلَى الْوَصِيِّ، فَلَا تَنْفُذُ قِسْمَةُ الْوَصِيِّ^(٣) عَلَيْهِ، فَصَارَ هَلَاكُ نَصِيْبِ
الْمُوصِي لَهُ بَعْدَ مُقَاسَمَةِ الْوَصِيِّ^(٤) عَلَيْهِ كَهَلَاكِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَلَوْ هَلَكَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ
كَانَ الْبَاقِي مُشْتَرَكًا، فَكَذَا بَعْدَ الْقِسْمَةِ.

وَقَالَ فِي كِتَابِ «نُكَّتِ الْوَصَايَا»: «وَلَوْ كَانَ الْوَارِثُ كَبِيرًا - وَهُوَ غَائِبٌ -
بَاعَ الْوَصِيُّ صَاحِبَ الْوَصِيَّةِ الثَّلَاثَ، وَأَمْسَكَ الثَّلَاثِينَ، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ سَلَمٌ
لِلْمُوصِي لَهُ مَا أَخَذَ؛ لِأَنَّ الْوَارِثَ الْكَبِيرَ إِذَا كَانَ غَائِبًا جَائِزٌ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي

(١) وقع بالأصل: «كهلاك». والمثبت من: «د»، «م»، «ن»، «ه»، «و»، «ز».

(٢) وقع بالأصل: «لا يرد». والمثبت من: «د»، «م»، «ن»، «ه»، «و»، «ز».

(٣) وقع بالأصل: «الموصي». والمثبت من: «د»، «م»، «ن»، «ه»، «و»، «ز».

(٤) وقع بالأصل: «الموصي». والمثبت من: «د»، «م»، «ن»، «ه»، «و»، «ز».

عَنْ الْوَارِثِ إِذَا كَانَ غَائِبًا فَصَحَّتْ قِسْمَتُهُ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ حَضَرَ وَقَدْ هَلَكَ مَا فِي يَدِ الْمُوصِيِّ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُوصَى لَهُ.

[أما الموصى له] ^(١) ليس بِخَلِيفَةٍ عَنِ الْمَيِّتِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِسَبَبِ جَدِيدٍ، وَلِهَذَا لَا يُرَدُّ بِالْعَيْنِ وَلَا يُرَدُّ عَلَيْهِ، وَلَا يَصِيرُ مَعْرُورًا بِشِرَاءِ الْمُوصِي فَلَا يَكُونُ الْوَصِيُّ خَلِيفَةً عَنْهُ عِنْدَ غَيْبِهِ، حَتَّى لَوْ هَلَكَ مَا أَقْرَزَ لَهُ عِنْدَ الْوَصِيِّ كَانَ لَهُ ثُلُثُ مَا بَقِيَ لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَمْ تَعُدْ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنَّ الْوَصِيَّ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ، وَلَهُ وَلَايَةُ الْحِفْظِ فِي التَّرَكَةِ فَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ بَعْضُ الشَّرَكَةِ قَبْلَ

نَهْيُ الْبَيْتِ

الْعُرُوضِ، فَلَمَّا جَازَ تَصَرُّفُهُ جَازَتْ قِسْمَتُهُ.

وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ: أَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْرُوثِ، أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمَوْرُوثَ إِذَا بَاعَ شَيْئًا فِي حَيَاتِهِ فَوَجَدَ الْمُشْتَرِي بِهِ عِيًّا؛ كَانَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الْوَارِثَ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الْمُوصَى لَهُ، فَجَبَّتْ أَنَّ الْوَارِثَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْرُوثِ، وَالْمُوصَى لَهُ لَا يَقُومُ مَقَامَ الْمُوصِي.

ثُمَّ وَجَدْنَا أَنَّ الْوَصِيَّ وَكَيْلَ الْمَيِّتِ، فَيَجُوزُ قِسْمَتُهُ عَلَى مَنْ قَامَ مَقَامَهُ وَهُوَ الْوَارِثُ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى الْمُوصَى لَهُ، فَإِذَا كَانَ هَكَذَا فَإِذَا دَفَعَ الثَّلَاثَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ، وَأَمْسَكَ الثَّلَاثِينَ لِلْوَارِثِ الْكَبِيرِ الْعَائِبِ فَقَدْ صَحَّتْ قِسْمَتُهُ، وَصَارَ هَلَاكُهُ فِي يَدِهِ كَهَلَاكِهِ فِي يَدِ الْوَارِثِ [٤٥٩/٣]، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْمُوصَى لَهُ غَائِبًا؛ لَا تَجُوزُ قِسْمَتُهُ [عَلَيْهِ] ^(٢)؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَكِيلِهِ.

قَوْلُهُ: (فَصَحَّتْ قِسْمَتُهُ عَلَيْهِ)، أَيُّ: عَلَى الْوَارِثِ إِذَا كَانَ غَائِبًا.

قَوْلُهُ: (لَوْ حَضَرَ)، أَيُّ: الْوَارِثُ.

(١) لَيْسَ فِي الْأَصْلِ.

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُولَيْنِ رِيَادَةُ مِنْ 'وَأَم'، وَ'فَقَدْ'، وَ'دَفَعَ'، وَ'لَا رَدَّ'.

انْقِسَمَ فَيَكُونُ لَهُ ثُلُثُ الْبَاقِي لِأَنَّ الْمُوصَى لَهُ شَرِيكُ الْوَارِثِ [٥٢٩/٥] فَيَنْوِي مَا
نَوَى مِنَ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ عَلَى الشَّرِكَةِ وَيَبْقَى مَا بَقِيَ عَلَى الشَّرِكَةِ.
فَإِنْ قَاسَمَ الْوَرَثَةَ وَأَخَذَ نَصِيبَ الْمُوصَى لَهُ فَضَاعَ رَجْعٌ^(١) الْمُوصَى لَهُ
بِثُلْثِ مَا بَقِيَ لِمَا بَيَّنَّا.

قَالَ: وَإِنْ كَانَ أَوْصَى الْمَيِّتُ بِحَجَّةٍ، فَقَاسَمَ الْوَرَثَةَ، فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ،
خُجَّ عَنِ الْمَيِّتِ مِنْ ثُلْثِ مَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ إِنْ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ لِيَحْجَّ عَنْهُ، فَضَاعَ
مِنْ يَدِهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ كَانَ مُسْتَعْرِقًا لِلثُلْثِ؛ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، وَإِلَّا
يَرْجِعُ بِتَمَامِ الثُّلُثِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ.

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

قَوْلُهُ: (لِمَا بَيَّنَّا). إشارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لِأَنَّ الْقِسْمَةَ لَمْ تُنْفَذْ عَلَيْهِ)، أَي: لَمْ تُنْفَذْ
قِسْمَةُ الْوَصِيِّ عَلَى الْمُوصَى لَهُ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِنْ كَانَ أَوْصَى الْمَيِّتُ بِحَجَّةٍ، فَقَاسَمَ الْوَرَثَةَ، فَهَلَكَ مَا فِي يَدِهِ؛
خُجَّ عَنِ الْمَيِّتِ مِنْ ثُلْثِ مَا بَقِيَ، وَكَذَلِكَ إِنْ دَفَعَهُ إِلَى رَجُلٍ لِيَحْجَّ عَنْهُ، فَضَاعَ مِنْ
يَدِهِ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إِنْ كَانَ مُسْتَعْرِقًا لِلثُلْثِ؛ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، وَإِلَّا يَرْجِعُ
بِتَمَامِ الثُّلُثِ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ)، أَي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٢)،
وَالْمَسْأَلَةُ مَرَّتْ فِي كِتَابِ الْحَجِّ فِي بَابِ الْحَجِّ عَنِ الْغَيْرِ، وَلَكِنْ لَا تُحْلَى هَذَا الْمَوْضِعُ
عَنِ الْبَيَانِ.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْوَلِيدِ فِي كِتَابِ «نُكْتِ الْوَصَايَا»: «وَإِذَا أَحْجَّوْا [٥٢٣/٨] رَحُلًا،
فَسَرَقَتْ نَفَقَتُهُ فِي الطَّرِيقِ؛ فَإِنَّ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يُؤْخَذُ ثُلْثُ^(٣) مَا

(١) فِي الْأَصْلِ: «بِرَجُلٍ».

(٢) يُنْظَرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ/مَعَ شَرْحِهِ النَّاسِ الْكَبِيرِ» [ص/٥٢٩].

(٣) وَفِي الْأَصْلِ: «بِثُلْثِ» وَالْمَيِّتُ مِنْ: «ن»، وَفِي «٥٢٣»، وَفِي «٥٢٤».

لَأَنَّ الْقِسْمَةَ حَقُّ الْمُوصِي ، وَلَوْ أَفْرَزَ الْمُوصِي بِنَفْسِهِ مَالًا لِيَحُجَّ عَنْهُ فَهَذِهِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ وَبَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ ، فَكَذَا إِذَا أَفْرَزَهُ وَصِيَّةُ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ . وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّ مَحَلَّ الْوَصِيَّةِ الثَّلَاثُ فَيَجِبُ تَنْفِيزُهَا مَا بَقِيَ مَحَلُّهَا ، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ بَطَلَتْ لِقَوَاتِ مَحَلِّهَا . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقِسْمَةَ لَا تُرَادُّ لِذَاتِهَا بَلْ لِمَقْصُودِهَا وَهُوَ تَأْذِينُهُ

﴿ غَايَةُ الْبَيَانِ ﴾

بَقِيَ مِنْ مَالِهِ وَيُحَجُّ ، وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمته : إِنْ بَقِيَ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ يُحَجُّ ، وَإِلَّا فَلَا ، وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمته : سِوَاءُ بَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِ أَمْ لَمْ يَبْقَ لَا يُعْطَى مَرَّةً أُخْرَى .

وَتَفْسِيرُ ذَلِكَ : أَنَّ رَجُلًا مَاتَ وَتَرَكَ أَرْبَعَةَ آلَافٍ ، فَأَعْطُوا أَلْفَ دِرْهَمٍ ، فَسُرِقَتْ فِي الطَّرِيقِ ، فَفِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته : يُجْعَلُ كَأَنَّ الْأَلْفَ لَمْ تَكُنْ ، وَيُعْطَى أَلْفًا أُخْرَى . وَفِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ : لَمْ يَبْقَ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ إِلَّا ثَلَاثُ مِائَةٍ وَثَلَاثَا وَثَلَاثِينَ وَثَلَاثًا ، فَيُعْطَى ذَلِكَ الْمَقْدَارُ ، وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمته : لَا يُعْطَى شَيْئًا .

أَمَّا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمته : فَهُوَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْمِيرَاثَ بَعْدَ إِنْفَاذِ الدَّيْنِ وَالْوَصِيَّةِ ، وَهُوَ قَوْلُهُ رحمته : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٌ ﴾ [الباء ١١] . فَلَا بُدَّ مِنْ إِنْفَاذِ الْوَصِيَّةِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَبَعَثُوا إِلَى الْغَرِيمِ ، فَسَرَقَ فِي الطَّرِيقِ ، جُعِلَ كَأَنَّ الَّذِي سَرَقَ لَمْ يَكُنْ ، وَيُبْعَثُ مَرَّةً أُخْرَى ، كَذَلِكَ هَاهُنَا الَّذِي سَرَقَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ، وَمَالُ الْمَيِّتِ مَا بَقِيَ ، فَوَجِبَ أَنْ تَنْفُذَ الْوَصِيَّةَ مِمَّا بَقِيَ .

وَأَمَّا مَذْهَبُ أَبِي يُوسُفَ رحمته : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ تَنْفُذَ الْوَصِيَّةَ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَلَوْ جُعِلَ كَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمته ، أَدَّى ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَبْطُلَ الْمَالُ كُلُّهُ فِي الْوَصِيَّةِ ، لِأَنَّهُ لَوْ سَرَقَ مَرَّةً أُخْرَى ، فَيُؤْخَذُ ثُلْثُ مَا بَقِيَ ، ثُمَّ سَرَقَ مَرَّةً أُخْرَى ، فَيُؤْذَى ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَذْهَبَ مَالُ الْمَيِّتِ كُلُّهُ فِي الْوَصِيَّةِ ، وَلَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ .

وَالْجَوَابُ لِأَبِي حَنِيفَةَ رحمته : مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الَّذِي هَلَكَ هَلَكَ قَبْلَ إِنْفَاذِ الْوَصِيَّةِ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى الْوَارِثِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْلَمُ لَهُمْ مِثْلُ مَا يَسْلَمُ لِلْوَصِيَّةِ .

لِيُخْرِجَ فَلَمْ تُعْتَبَرْ دُونَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا هَلَكَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ فَيُخْرِجُ بِثُلْثِ مَا بَقِيَ،
وَلِأَنَّ ثَمَانَتَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْجِهَةِ الْمُسَمَّاةِ، إِذَا لَا قَابِضَ لَهَا، فَإِذَا لَمْ يُصْرَفْ
بِأَيِّ ذَلِكَ الْوَجْهِ لَمْ يَسْمَ قَصَارَ كَهَلَاكِهِ قَبْلَهَا.

❦ غايه البيان ❦

وَأَمَّا مَذْهَبُ مُحَمَّدٍ عليه السلام: فَهُوَ أَنَّ دَفْعَ الْوَصِيِّ بِمَنْزِلَةِ دَفْعِ الْمَيْتِ، وَلَوْ كَانَ
الْمَيْتُ هُوَ الَّذِي دَفَعَ قَبْلَ مَوْتِهِ إِلَى رَجُلٍ مَالًا لِيُخْرِجَ بِهِ عَنْهُ، فَسُرِقَ الْمَالُ، لَا يُؤْخَذُ
بِمَنْزِلَتِهِ مَرَّةً أُخْرَى، كَذَلِكَ هَذَا.

وَقَالَ شَمْسُ الْأُئِمَّةِ السَّرْحَسِيُّ فِي «شرح الكافي»: «وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ لَوْ
قُلْنَا: اغْتَبَقُوا عَنِّي نَسَمَةً بِمَنْةٍ دَرَاهِمٍ، فاشْتَرَوْهَا [٢/٥٦٠]، فَمَاتَ قَبْلَ أَنْ تُعْتَقَ، كَانَ
عَبِيدُهُمْ أَنْ يُعْتَبَقُوا مِنْ ثُلْثِ مَا بَقِيَ فِي أَيْدِيهِمْ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عليه السلام، وَفِي قَوْلِ أَبِي
يُوسُفَ عليه السلام: مِمَّا بَقِيَ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ فِي أَيْدِيهِمْ، وَفِي قَوْلِ مُحَمَّدٍ عليه السلام: بَطَلَتْ
الْوَصِيَّةُ»^(١).

قَوْلُهُ: (فَقَاسَمَ الْوَرَثَةَ)، أَيُّ: قَاسَمَ الْوَصِيَّ (مَا فِي يَدِهِ)، أَيُّ: فِي يَدِ الْوَصِيِّ،
وَهُوَ الثُّلُثُ^(٢) الْمُمْفَرَزُ (إِنْ دَفَعَهُ)، أَيُّ: دَفَعَ الْوَصِيُّ الثُّلُثَ (عَنْهُ)، أَيُّ: عَنِ الْمَيْتِ
بِمَنْزِلَتِهِ، أَيُّ: مِنْ يَدِ الرَّجُلِ الَّذِي دَفَعَ إِلَيْهِ الثُّلُثَ لِيُخْرِجَ عَنِ الْمَيْتِ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ كَانَ مُسْتَعْرِقًا [٨/٣٣٤] لِلثُّلُثِ)، أَيُّ: إِنْ كَانَ الْهَالِكُ (وَالْأَلَا)،
أَيُّ: وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْهَالِكُ مُسْتَعْرِقًا لِلثُّلُثِ.

قَوْلُهُ: (فَلَمْ تُعْتَبَرْ دُونَهُ)، أَيُّ: لَمْ تُعْتَبَرِ الْقِسْمَةُ بِأَدَاءِ الْحَقِّ، وَتَذَكِيرُ
الصَّامِرِ الرَّاجِعِ إِلَى التَّأْدِيَةِ عَلَى تَأْوِيلِ الْأَدَاءِ.

قَوْلُهُ: (قَبْلَهَا)، أَيُّ: قَبْلَ الْقِسْمَةِ.

(١) يَنْظُرُ: «المبسوط» للسرْحَسِيِّ [١٧٤/٢٧].

(٢) وَفَعَّ بِالْأَصْلِ «ثُلُثٌ» وَالْمَيْتُ مِنْ «مَيْتٌ»، وَ«مَيْتٌ»، وَ«مَيْتٌ»، وَ«مَيْتٌ»، وَ«مَيْتٌ».

قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى ثُلُثَ أَلْفِ دِرْهَمٍ، فَدَعَمَهَا الْوَرِثَةُ إِلَى الْقَاصِي، فَتَسْمِيهَا
وَالْمُوصَى لَهُ غَائِبٌ، فَيَسْمِيهَا حَائِرَةً.

قَوْلُهُ. (قَالَ: وَمَنْ أَوْصَى ثُلُثَ أَلْفِ دِرْهَمٍ، فَدَعَمَهَا الْوَرِثَةُ إِلَى الْقَاصِي،
فَتَسْمِيهَا وَالْمُوصَى لَهُ غَائِبٌ، فَيَسْمِيهَا حَائِرَةً)، أَيُ قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» .

وَأَمَّا حَائِرَتُ قِسْمَةِ الْقَاصِي؛ لِأَنَّهُ تُصَبِّحُ نَظَرًا لِأُمُورِ الْمُسْلِمِينَ خُصُوصًا فِي
حَقِّ الْأَمْوَالِ وَالْعُيُوبِ؛ لَعَجْرِهِمْ عَنِ التَّصَرُّفِ بِأَنْفُسِهِمْ، وَمِنْ النَّظَرِ أَنْ يُقَرَّرَ نَصِيحَةُ
الْعَائِبِ.

وَفَائِدَةُ الْجَوَازِ: أَنَّهُ لَوْ حَضَرَ الْغَائِبُ وَقَدْ هَلَكَ نَصِيحُهُ فِي يَدِ الْقَاصِي لَيْسَ لَهُ
أَنْ يَزِجَعَ عَلَى الْوَرِثَةِ شَيْءٌ.

وَالْعَرَقُ بَيْنَ الْقَاصِي حَيْثُ جَارَتْ مُقَاسَمَتُهُ عَلَى الْمُوصَى لَهُ وَبَيْنَ الْوَصِيِّ
حَيْثُ لَا تَجُوزُ مُقَاسَمَتُهُ عَلَى الْمُوصَى لَهُ؛ أَنَّ لِلْقَاصِي وَلَايَةً عَلَى الْغَائِبِ فِيمَا
يَنْفَعُهُ؛ وَلِهَذَا يَمْلِكُ بَيْعَ مَا يُحْسِنُ عَلَيْهِ التَّلَفَّ، فَكَانَتْ قِسْمَتُهُ كَقِسْمَةِ الْمُوصَى
لَهُ^(١). وَالْوَصِيُّ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ شَيْءٍ مِنْ مَالِ الْمُوصَى لَهُ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَايَةٌ عَلَيْهِ
أَصْلًا، فَلَمْ تَنْقُضْ قِسْمَتُهُ.

قَالَ النَّقِيُّ أَبُو الْبَيْتِ رحمته الله فِي «شَرْحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «وَذَكَرَ فِي «الشَّرِّحِ
الْكَبِيرِ»^(٢): أَنَّ الْقَاصِيَّ لَوْ مَيَّرَ الثَّلَاثَ مِنَ الثَّلَاثِينَ، وَلَمْ يَدْفَعْ إِلَى أَحَدٍ [مِنْ]
الْفَرِيقَيْنِ شَيْئًا حَتَّى هَلَكَ أَحَدُ النَّصِيصَيْنِ هَلَكَ مِنَ الْجُمْلَةِ، وَإِنَّمَا يَصَحُّ قِسْمَةُ

(١) بَحْرُ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» مَعَ شَرْحِهِ الدَّافِعُ الْكَبِيرُ [ص ٥٢٣]

(٢) وَفَعَّ بِالْأَصْلِ: «الْمُوصَى بِهِ» وَالثَّلَاثُ مِنَ «الْمُوصَى بِهِ»، وَ«الْمُوصَى بِهِ»، وَ«الْمُوصَى بِهِ».

(٣) وَفَعَّ بِالْأَصْلِ: «الْمُوصَى بِهِ». وَالثَّلَاثُ مِنَ: «الْمُوصَى بِهِ»، وَ«الْمُوصَى بِهِ»، وَ«الْمُوصَى بِهِ».

(٤) بَحْرُ «الشَّرِّحِ الْكَبِيرِ» مَعَ شَرْحِ الرَّحْمَنِ لِمُحَمَّدٍ مِنَ الْحَسَنِ [٣/١٥٤].

(٥) مَا بَيْنَ الْمُعْتَوِفِّينَ رِبَادَةٌ مِنْ: «الْمُوصَى بِهِ»، وَ«الْمُوصَى بِهِ»، وَ«الْمُوصَى بِهِ».

لأن الوصية صحيحة؛ ولهذا لو مات الموصي له قبل القبول نصير الوصية ميراثاً لورثته والقاصي نصيب ناظرًا لا سيمًا في حق الموثى والغيب، ومن الطر إقرار نصيب الغائب وقبضه فقد^(١) ذلك وضع، حتى لو خسر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل.

قال: وإذا باع الوصي عبدًا من الثروة بغير مختصر من العرماء، فهو جائز؛

غاية البيان

القاصي إذا دفع إلى أحد الفريقين نصيبه، فأما إذا لم يدفع إلى أحد الفريقين نصيبه لم تكامل القسمة؛ لأن القسمة ينبغي أن تكون بينه وبين الآخر، ولا يصلح أن يكون هو بنفسه مقيسًا ومقاسمًا.

قوله: (لأن الوصية صحيحة؛ ولهذا لو مات الموصي له قبل القبول نصير الوصية ميراثاً لورثته).

قال العنابي رحمه الله في «شرح الجامع الصغير»: «والوصية للغائب صحيحة؛ لأن قبوله ليس بشرط».

قوله: (قال: وإذا باع الوصي عبدًا من الثروة بغير مختصر من العرماء، فهو جائز)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورته فيه: «محمد، عن يعقوب، عن أبي حنيفة رحمه الله: في الرجل يموت وترك عبدًا، وعليه دينٌ يُحيطُ بماله، فبيع الوصي العبد بغير مختصر من العرماء، قال: بئعه جائز»^(٢).

وأراد بذلك: الدين على الميت لا على العبد، وإنما جاز بيع الوصي؛ لأنه قائم مقام الميت، فلو أن الميت باعه قبل موته وعليه دينٌ في حال مرضه؛ حاز

(١) في الأصل: «بعد».

(٢) بظر. «الجامع الصغير» مع شرحه الداع الكبير [ص ٥٣٠]

لأن الوصي قائم مقام الموصي، ولو تولى حياً بنفسه يجوز بيعه بغير مختصر من العرماء وإن كان في مرض موته فكذا إذا تولاها من قام مقامه، وهذا لأن حق العرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لقواتها إلى خلف وهو الثمن. بخلاف العبد المذيون لأن للعرماء حق الاستسعاء أما هنا بخلافه.

ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين، فباعه الوصي وقبض الثمن، فضاغ في يده واستحق، ضمن الوصي؛ لأنه هو العاقد فتكون

حاشية السيد

بيعه، فكذلك بيع الوصي، كالعبد المأذون له يملك [٢٣٤/٨] بيع ما في يده بغير رضا العرماء [٥٦٠/٣]. كذا ذكر أبو بكر الرازي رحمه الله في «شرح مختصر الطحاوي»^(١).

وهذا بخلاف العبد المأذون المذيون؛ حيث لا يبيعه مولاه أو وصيه بغير مختصر من العرماء؛ لأن لهم حق الاستسعاء حتى يأخذوا كسبه، فيكون البيع مبطلا لحقهم، فلهم أن يبطلوا البيع^(٢)، وهذا حق العرماء في الثمن لا غير، فيكون البيع محققاً لحقهم، لا مبطلاً، فكان بيع الوصي بمختصر من العرماء وغير مختصر منهم سواء.

قوله: (قال: ومن أوصى بأن يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين، فباعه الوصي وقبض الثمن، فضاغ في يده واستحق، ضمن الوصي)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وتمامه فيه: «ويرجع فيما تركه الميت»^(٣)، أي: الوصي يضمن الثمن للمشتري، ويرجع بذلك في جميع التركة.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للخصاص [١٩٢/٤].

(٢) وقع بالأصل «البيع»، والمشت من: «ال»، «لام»، «واو»، «ع»، «هـ».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [٥٣٠/ص].

بَعْدَهُ عَلَيْهِ، وَهَذِهِ عَهْدَةٌ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي مِنْهُ مَا رَضِيَ بِبَدْلِ الثَّمَنِ إِلَّا لِيُسَلَّمَ لَهُ
بِمَعٍّ وَلَمْ يُسَلَّمْ فَقَدْ أَحَدُ الْوَصِيِّ السَّابِقِ مَالُ الْغَيْرِ بِغَيْرِ رِضَا قَبِيحٌ عَلَيْهِ رَدُّهُ.
(وَيَرْجِعُ فِيمَا تَرَكَ الْمَيِّتُ) لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُ فَيَرْجِعُ (١٠١٨) عَلَيْهِ كَالْوَكِيلِ،
وَإِنْ أُوْحِيَهُ يَقُولُ أَوَّلًا: لَا يَرْجِعُ لِأَنَّهُ ضَمِنَ بِقَبْضِهِ، ثُمَّ رَجَعَ إِلَى مَا دَكَّرْنَا
يَرْجِعُ فِي خَمِيعِ الثَّرِكَةِ.

عَنْ أَبِي سَلَمَةَ

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْيَتِ (١٠١٩) «وَكَانَ أَبُو حَنِيْفَةَ (١٠٢٠) يَقُولُ: لَا يَرْجِعُ فِي مَالِ
بَيْتِ بَنِي، وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ سَمَاعَةَ، عَنْ مُحَمَّدٍ (١٠٢١) أَنَّهُ قَالَ: يَرْجِعُ فِي ثَلَاثِ
مَالِ الْيَتِ، وَإِنَّمَا ضَمِنَ الْوَصِيُّ الثَّمَنَ، لِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَحَقَّ الْعَبْدُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَبْضُهُ بِغَيْرِ
حَقٍّ. فَبَلَرَّمُ الرَّدِّ؛ لِأَنَّ الْعَهْدَةَ عَلَى الْعَاقِدِ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ إِنَّمَا بَدَلَ لَهُ الثَّمَنَ لِيُسَلَّمَ
بِالسَّيِّعِ، وَلَمْ يُسَلَّمْ، فَوَحِبَ رَدُّهُ».

وَجْهٌ قَوْلُ أَبِي حَنِيْفَةَ (١٠٢٢) [الْأَوَّلُ] (١٠٢٣): أَنَّ قَبْضَ الثَّمَنِ مِنْ حَقِّهِ الْعَقْدِ، فَصَارَ
بِرَضَا فِي حَقِّ الْقَبْضِ كَالْمَالِكِ، وَإِذَا كَانَ بِمَنْزِلَةِ الْمَالِكِ - وَقَدْ لَجِقَهُ الضَّمَانُ
عَمَلٍ - عَمِلَ لِنَفْسِهِ، فَلَا يَرْجِعُ بَنِي، إِلَّا تَرَى إِلَى مَا قَالُوا فِي «الْجَامِعِ
الْكَبِيرِ» (١٠٢٤): إِنْ رَحَلَا لَوْ وَكَّلَ وَكِيلاً بِأَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدًا، فَاشْتَرَى الْوَكِيلُ الْعَبْدَ
بِنَفْسِهِ، فَهَذَا الْعَبْدُ فِي يَدَيِ الْوَكِيلِ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ الْعَبْدُ وَضَمِنَ الْوَكِيلُ فِيمَتَهُ؛ لَا
يَرْجِعُ عَلَى الْمُوَكَّلِ بَنِي، لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِي حَقِّ الْقَبْضِ كَالْمَالِكِ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ الْمُوَكَّلَ
بِمَعٍّ عَنِ الْمَصْرِ؛ لَمْ يَحْزَ، وَإِذَا لَجِقَهُ الضَّمَانُ بِعَمَلٍ لِنَفْسِهِ، لَا يَرْجِعُ
بَنِي، فَكَذَلِكَ هَذَا.

وَجْهٌ مَا رَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ (١٠٢٥): أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْوَصِيِّ كَانَ
عِنْدَ الرَّجْبَةِ، وَكَانَ حُكْمُهُ حُكْمُ الْوَصِيَّةِ، وَالْوَصِيَّةُ نَفَادُهَا مِنَ الثَّلَاثِ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي الثَّلَاثِ لِأَنَّ الرُّخُوعَ بِحُكْمِ [الْوَصِيَّةِ فَأَحَدُ حُكْمَيْهَا، وَمَحَلُّ الوَصِيَّةِ الثَّلَاثُ. وَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ (١) الغُرُورِ وَذَلِكَ دَيْنٌ عَلَيْهِ وَالذَّيْنُ يُقْضَى مِنْ جَمِيعِ التَّرِكَةِ، بِخِلَافِ الْقَاضِي أَوْ أَمِيهِ إِذَا تَوَلَّى الْبَيْعَ حَيْثُ لَا عَهْدَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ فِي إلْزَامِهَا الْقَاضِي تَعْطِيلُ الْقَضَاءِ، إِذَا يَتَحَامَى عَنْ تَقْلِيدِ هَذِهِ الْأَمَانَةِ حَدَرًا عَنْ لُزُومِ الْغَرَامَةِ فَتَتَعَطَّلُ مَصْلَحَةُ الْعَامَّةِ وَأَمِيهِ سَفِيرٌ عَنْهُ كَالرَّسُولِ، وَلَا كَذَلِكَ الوَصِيُّ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ وَقَدْ مَرَّ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ، فَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ قَدْ هَلَكَتْ أَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا وَفَاءٌ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ كَمَا إِذَا كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ آخَرُ.

باب غايه الميت

وَوَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: أَنَّ الوَصِيَّ عَمِلَ لِلْمَيِّتِ، وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامُهُ، فَإِذَا لَجَفَ الضَّمَانُ بِعَمَلِ عَمِلَ لِلْمَيِّتِ وَهُوَ قَائِمٌ مَقَامُهُ؛ اسْتَوْجِبَ مَا غَرِمَهُ دَيْنًا عَلَى الْمَيِّتِ، وَمَحَلُّ الدَّيْنِ كُلُّ الْمَالِ.

قَالُوا فِي «شُرُوحِ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: فَإِنْ كَانَتْ التَّرِكَةُ قَدْ هَلَكَتْ، أَوْ لَمْ يَكُنْ بِهَا وَفَاءٌ؛ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى أَحَدٍ، كَمَا لَوْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ آخَرُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ لَمْ يَقَعْ إِلَّا لِلْمَيِّتِ، لَا لِلْمُسْكِينِ، وَلَا لِلْوَرَثَةِ، وَالْمَسْأَلَةُ مِنَ الْحَوَاصِّ.

وَهَذَا بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الْقَاضِي أَوْ أَمِيهِ إِذَا تَوَلَّى الْبَيْعَ، فَاسْتَحَقَّ [٣٢٥/٨] الْعَدُّ أَوْ مَاتَ، وَقَدْ ضَاعَ الثَّمَرُ فِي يَدِهِ؛ حَيْثُ لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْقَاضِي أَوْ أَمِيهِ، لِأَنَّهُ لَا عَهْدَ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَّهَ الضَّمَانُ عَلَى الْقَاضِي أَوْ أَمِيهِ؛ لَتَفَاعَدَ السَّارُّ عَنْ عَهْدِهِ هَذَا الْأَمَانِ؛ خَوْفًا مِنَ الضَّمَانِ، فَضَاعَ حَقُوقُ الْمُسْلِمِينَ، وَقَدْ مَرَّ الْيَدُ مُسْتَوْفَى فِي كِتَابِ أَدَبِ الْقَاضِي فِي آخِرِ فُصْلِ الْقَضَاءِ بِالْمَوَارِيثِ.

قَوْلُهُ: (يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الْغُرُورِ)، أَيُّ: يَرْجِعُ الْمُوصِي عَلَى الْمَيِّتِ؛ لِأَنَّهُ

وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً من الورثة عند فاعه وقضى
نفسه فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير؛ لأنه عامل له، ويرجع
صغيراً على الورثة بحصته لا بتقاصي القسمة باستحقاق ما أصابه
وإذا احتال الوصي بمال اليتيم، فإن كان خيراً لليتيم حاراً وهو أن يكون

عبد له

عز الوصي؛ حيث قال له: يبع عبدي بعدي وتصدق بئمه على المساكين، فلما عثره
وإذا رجع عليه في تركته؛ لأنه استوجب ذنباً عليه، ومحل الدين كل المال.
قوله: (قال: وإن قسم الوصي الميراث فأصاب صغيراً^(١) من الورثة عبداً^(٢)،
سعى وقبض الثمن، فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير)، أي: قال
في الجامع الصغير^(٣).

اعلم: أن الوصي إذا باع عبداً صبيّاً لأجل الصبي، فقبض الثمن، فهلك
نفسه في يده، ثم استحق العبد رجع المشتري بالثمن على الوصي؛ لأن العبد
من البائع، ثم يرجع الوصي بذلك في مال الصغير؛ لأنه باعه لأجله، ثم يرجع
صغيراً على سائر الورثة بحصته لبطان القسمة.

قوله: (قال: وإذا احتال الوصي بمال اليتيم؛ فإن كان خيراً لليتيم جاز)،
أي: قال في الجامع الصغير^(٤).

اعلم: أن الوصي إذا احتال - أي: قیل الخوالة بمال اليتيم - يُنظر: فإن كان
محتالاً عليه أملاً - أي: أقدر على أداء الدين - من المجهل، وهو المديون حاراً،
وإن كان المجهل أملاً من المحتال عليه لم يحضر.

(١) رفع بالأصل: صغيراً. والمثبت من (٥٨)، و(٥٩)، و(٦٠)، و(٦١)، و(٦٢)، و(٦٣)، و(٦٤)، و(٦٥).

(٢) رفع بالأصل: عبداً. والمثبت من (٥٨)، و(٥٩)، و(٦٠)، و(٦١)، و(٦٢)، و(٦٣)، و(٦٤)، و(٦٥).

(٣) بظر. المحصر الفذوري [ص/٥٣٠].

بظر. الجامع الصغير مع شرحه الداع الكبير [ص/٥٣٠].

أَمْلاً، لَأَن الرِّلَايَةَ نَظَرِيَّةٌ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ أَمْلاً لَا يَجُوزُ لَأَن فِيهِ تَضْيِيعٌ مَالٍ
لِلْيَتِيمِ عَلَى بَعْضِ التَّوَجُّهِ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ: قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ﴾ [البقرة: ٢٢٠]، وَفِيهِ [البقرة: ٢٢٠]، فَلَمَّا رَأَى الْوَصِيُّ ذَلِكَ حَبْرًا
لِلْيَتِيمِ: فَهُوَ مِنَ الْأَحْسَنِ الْمَأْمُورِ بِهِ، فَجَازَ، وَقَالَ: ﴿لَمَنْ أَجِيلٌ عَلَى عَلِيٍّ؟﴾
قَلْبِي حَتَلٌ. كَذَا ذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ^(١).

وَهَذَا لِأَنَّ عَمُومَتَهُ يَنْتَظِمُ مَالُ الْيَتِيمِ وَغَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ يَخْطَابُ لِمَنْ لَهُ حَقُّ الْمُطَابَقَةِ
بِفِيهِ، وَلِأَنَّ الثَّانِي إِذَا كَانَ أَمْلاً مِنَ الْأَوَّلِ فَلَمَّا فِي ذَلِكَ إِصْلَاحًا لِلْيَتِيمِ؛ لِأَنَّ
الِاسْتِيفَاءَ مِنْهُ أَيْسَرُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الثَّانِي أَمْلاً مِنَ الْأَوَّلِ لَا يَكُونُ فِيهِ إِصْلَاحٌ؛ لِأَنَّ
فِيهِ إِبْرَاءَ الْأَوَّلِ بِغَيْرِ مَنْفَعَةٍ.

وَقَالَ الْإِمَامُ الْأَشْجَبِيُّ فِي «شرح الطحاوي»: «اعلم أن الوصية له أن يأخذ
الكفيل بدين الميت؛ لأن الكفالة لا توجب براءة الأصل، فيكون فيها زيادة توثيق
فيجوز. وكذلك لو أخذ رهناً بذلك لا يجوز؛ لأن في الارتهان استيفاء، وفي
الارتهان [البقرة: ٢٢٠] إيفاء، فيجوز أن يترهن ماله الميت بدين على الميت، وأن
يترهن، ولو احتال بماله أو أخذ كفلاً بشرط براءة الأصل فإنه يُنظر: إن كان حبراً
لليتم جاز، وإن كان شراً له لم يجز.

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ: فَهُوَ كَمَا إِذَا كَانَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ أَمْلاً مِنَ الْمُجِيلِ؛
فَإِنَّهُ يَجُوزُ، حَتَّى إِنْ الصَّبِيُّ لَوْ أَدْرَكَ قَبْلَ أَخْذِ الدَّيْنِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْحَوَالَةَ.
وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ أَمْلاً مِنَ الْمُجِيلِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ، هَذَا إِذَا تَنَسَّ

(١) مصنف تحريجه

(٢) بنظر شرح محصر الطحاوي: للمصنف [١٩٣/٤]

ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه إلا بما ينفع الناس في مثله، لأنه لا يضر في الغبن الفاحش، بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التخلُّص عنه، ففي اختاره إسناده بآيه.

في حاشية المتن

الذين بمداينة الميت، وأما إذا ثبت بمداينة الوصي فإنه يجوز، سواء كان حبراً يبيع أو شراً له، إلا أنه إذا كان خيراً لليتيم فإنه يجوز بالاتفاق، حتى إن اليتيم لو أذله وأراد أن ينقُض ذلك، فليس له ذلك، وإن كان شراً له جاز ذلك، وتضمن الوصي لليتيم عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: لا يجوز إذا كان شراً.

وهذا كالاختلاف الذي ذكرنا في البيع: أن الوكيل بالبيع إذا أبرأ المشتري، لو احتال، أو أنحر، فإنه يجوز [٥٦١/٣]، وتضمن عند أبي حنيفة ومحمد، كذلك ما كنا بضمّن من عند نفسه، ثم هو يأخذ من المحتال عليه لنفسه^(١). كذا في «شرح الطحاوي».

قوله: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَصِيِّ وَلَا شِرَاؤُهُ إِلَّا بِمَا يَنْفَعُ النَّاسَ فِي مِثْلِهِ)، أي: قَالَ فِي «الجامع الصغير»^(٢).

وذلك لأن تصرف الوصي مُقَيَّدٌ بالنظر، ولا نظر في إتلاف المال، فلا يملك الغبن الفاحش؛ لأنه منصوب لحفظ المال لا لإتلافه.

وكان القياس: ألا يملك الغبن اليسير أيضاً، إلا أنه عفي عنه ذلك انقصر لتفجّر عن الاحتراز عنه.

قال الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير»: «مَنْ كَانَ لَهُ وَلَايَةُ بَيْعٍ وَاشْتَرَاءٍ، فَاعٍ بِالصَّحَابَةِ، أَوْ اشْتَرَى، فَهُوَ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ:

١. بخر «شرح مختصر الطحاوي» للأسيدي [٣١٥/ق].

٢. بخر «الجامع الصغير» مع شرحه الناصر الكبير [٥٣١/ص].

والعسر المأذون والعسر المأذون، والمكاتب، بخور بينهم وشراؤهم
بالعسر الفاحش عند أبي حنيفة، لأنهم يصرفون بخورهم المالكية، والإذن فك

في العسر المأذون

في وجهه لا يجوز البيع والشراء إلا بمحاباة يتعاسر الناس في مثله.

وهي وجهه يجوز بما يتعاسر الناس في مثله، وبما لا يتعاسر الناس في مثله.

وهي وجهه يجوز بما لا يتعاسر الناس، ولا يجوز بما لا يتعاسر الناس.

أما الوجه الذي لا يجوز البيع والشراء: فالوصي، والأب، والجدة، والقاضي
إذا باع مال اليتيم أو اشترى؛ ليس لأحد من هؤلاء أن يبيعوا مال اليتيم، ولا مال
بيت المال، إلا بما يتعاسر الناس في مثله؛ لأن الوالد ثبت له الولاية من طريق
الحكم، والحكم لا يوجب الإصرار بالصبي، وكذلك القاضي ولايته من طريق
الحكم، وكذلك الوصي؛ لأنه استعاد ولايته من جهة الأب [٢/٣٣٦/٨]، ولا يجوز
له إلا ما يجوز للأب.

أما الوجه الذي يجوز البيع والشراء: فالعبد المأذون والمكاتب يجوز لهما
السع والشراء بمحاباة قليلة وكثيرة؛ لأن كل واحد منهما مأذون في التجارات كلها
إذنا عامًا؛ لأن الإذن استعبد من جهة المولى باللفظ، واللفظ أجراه على العموم.

وفي وجهه: يجوز البيع، ولا يجوز الشراء، وهو الوكيل، والمصارف،
والشريك، لكل واحد من هؤلاء أن يبيع بمحاباة قليلة وكثيرة، والشراء لا يجوز
إلا بما يتعاسر الناس في مثله، وبه نأخذ؛ لأن الأمر انصرف إلى البيع المعروف
عند الناس. وتمام البيان في المتصرفين بالعبيد مر في كتاب الوكالة في فصل
البيع من شرحنا هذا.

قوله: (والوصي المأذون، والعبد المأذون، والمكاتب، بخور بينهم وشراؤهم
بالعسر الفاحش عند أبي حنيفة).

الحجر، بخلاف الوصي لأنه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فينفذ
موضع النظر.

وعندهما لا يملكونه لأن التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة فيه وهم
بما من أهله.

وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة،
وكتاب الشراء على حدة؛ لأن ذلك أخوط، ولو كتب جملة عسى أن يكتب
الشاهد شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملاً له على الكذب.

عمدة بهار

وذلك لأنهم يتصرفون بحكم المالكية بأهليتهم لأنفسهم لا بأمر الولي
والمولى، والحجر كان مانعاً، وبالإذن ارتفع الحجر؛ لأنه فك الحجر، فصاروا
كالحرة البالغ في تصرفهم، فملكوا الغبن الفاحش، بخلاف الأب والوصي
والقاضي؛ لأنهم يتصرفون للغير، فيحترز فيه عن الضرر.

ووجه قولهما: أن العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة، فلا يملك ذلك
من لا يملك الهبة.

قال فخر الإسلام: «وفضل المكاتب من الخواص»^(١).

قوله: ([قال]^(٢)): وإذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية
على حدة، وكتاب الشراء على حدة، أي: قال في «الجامع الصغير»^(٣).

وقال محمد في أصل «الجامع الصغير»: «عن يعقوب، عن ٥٦٧/٢ أبي
حبة: لا تكتب إذا كتبت: شراء فلان وصي فلان، ولكن اكتب شهادة الوصية

^(١) يعني: من خواص مسائل «الجامع الصغير».

^(٢) ما بين المعقوفين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فا»، و«ع»، و«ر».

^(٣) ينظر «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٥٣١].

على جِدَّةٍ^(١).

قال فحُرِّمَ الإسلام: «وهذِهِ مِنَ الْحَوَاضِ، وَذَلِكَ فِي بَيْعِ الْوَصِيِّ، وَشِرَاءِ الْوَصِيِّ، وَمَا أَشْنَى ذَلِكَ؛ لِأَنَّ لِحْمَعَ بَيْعُهُمَا بُوجِبَتْ خَمَلًا عَلَى الْكَذِبِ، وَالْإِحْتِيَاظِ فِي ذَلِكَ أَنْ يَكْتُبَ فِي ذَلِكَ كِتَابَ الْوَصِيَّةِ عَلَى جِدَّةٍ، وَكِتَابَ الشِّرَاءِ عَلَى جِدَّةٍ، لِأَنَّهُ لَوْ كَتَبَ كِتَابًا وَاحِدًا، وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ شُهُودًا مِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَى الْإِبْصَاءِ، فَعِنْدَ آدَاءِ الشَّهَادَةِ رَمًا يَشْهَدُ بِالْكُلِّ، فَيَكُونُ شَاهِدًا زُورًا، فَيَكْتُبُ كُلُّ كِتَابٍ عَلَى جِدَّةٍ؛ احْتِرَازًا عَنِ الْحَمْلِ عَلَى الْكَذِبِ».

وَذَكَرَ فِي كِتَابِ «الْوَصَايَا»: «لَا بَأْسَ بِأَنْ يَكْتُبَ: إِنِّي اشْتَرَيْتُ مِنْ فُلَانٍ وَصِيَّ فُلَانٍ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَطْهَرُ غَالِبًا بِالْمُعَايَنَةِ وَالْمُشَاهَدَةِ، وَإِنَّمَا تَطْهَرُ بِقَوْلِ السَّامِعِ، وَبِقَوْلِ [٥٣٦/٨] الْوَصِيِّ: إِنِّي وَصِيَّ فُلَانٍ، فَلِهَذَا قَالَ: لَا بَأْسَ بِأَنْ يَكْتُبَ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ. كَذَا فَخَرُ الدِّينِ قَاضِي خَانَ.

قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ رحمته الله فِي «شرح الجامع الصغير»: «الْوَصِيُّ إِذَا بَاعَ شَيْئًا، فَأَرَادَ الْمُشْتَرِي أَنْ يَكْتُبَ صَكًّا، يَكْتُبُ: إِنِّي اشْتَرَيْتُ مِنْ فُلَانٍ، وَلَا يَكْتُبُ: مِنْ فُلَانٍ وَصِيَّ فُلَانٍ؛ لِأَنَّكَ إِذَا كَتَبْتَ: مِنْ فُلَانٍ وَصِيَّ فُلَانٍ، ثُمَّ أَرَدْتَ أَنْ تُشْهَدَ عَلَيْهِ قَوْمًا لَا يَعْرِفُونَ أَنَّهُ وَصِيٌّ، لَمْ يَكُنْ بَوَاقِي شَهَادَتِهِمْ؛ لِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ: إِقْرَأْ كَمَا عَلَى الْمِيتِ لَا يَجُوزُ.

وَإِذَا كَانَ يُؤَدِّي إِلَى هَذَا لَا يَنْبَغِي أَنْ يَكْتُبَ: اشْتَرَيْتُ مِنْ فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ، ثُمَّ يَكْتُبُ وَصِيَّتَهُ عَلَى جِدَّةٍ، فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الشِّرَاءِ قَوْمًا يَعْرِفُونَ أَنَّهُ وَصِيٌّ فُلَانٍ، فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَكْتُبَ أَنَّهُ اشْتَرَيْتُ مِنْ وَصِيَّ فُلَانٍ، وَفِي ذِكْرِ فِي كِتَابِ الْوَصَايَا:

(١) بنظر «الجامع الصغير» مع شرحه الدمع الكبير [ص/٥٣١].

(٢) وقع بالأصل: «إن». والمثبت من: «أن»، و«م»، و«ما»، و«ع»، و«ر».

ثُمَّ قِيلَ: يَكْتُبُ اشْتَرَى مِنْ فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ وَلَا يَكْتُبُ مِنْ فُلَانٍ وَصِيَّ فُلَانٍ
مَدِينًا

وَقِيلَ: لَا بَأْسَ^(١) بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوَصَايَةَ تُعْلَمُ ظَاهِرًا.

قَالَ: وَيَبِيعُ الْوَصِيُّ عَلَى الْكَبِيرِ الْغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الْعَقَارِ^(٢)؛
إِنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ الْأَبُّ عَلَى الْكَبِيرِ، إِلَّا أَنَا اسْتَحْسَنَاهُ لِمَا أَنَّهُ حَفِظَ لِتَسَارُعِ الْفَسَادِ
بَيْنَهُ، وَحَفِظَ الثَّمَنَ أَيْسَرُ وَهُوَ يَمْلِكُ الْحِفْظَ، أَمَّا الْعَقَارُ فَمُخَصَّنٌ بِنَفْسِهِ.

—————
بَابُ عَايَةِ الْبَيِّنَاتِ

اشْتَرَى مِنْ فُلَانٍ وَصِيَّ فُلَانٍ، كَذَا ذَكَرَ الْعَقِيَّةُ أَبُو اللَّيْثِ.

قَوْلُهُ: (ثُمَّ قِيلَ: يَكْتُبُ)، أَيِ: الْقَاضِي أَوْ الْمُشْتَرِي.

قَوْلُهُ: (لِمَا يَبِينُ)، إشارَةٌ إِلَى قَوْلِهِ: (لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْوْطُ).

قَوْلُهُ: (وَقِيلَ: لَا بَأْسَ بِذَلِكَ)، أَيِ: لَا بَأْسَ بِأَن يَكْتُبَ: مِنْ فُلَانٍ وَصِيَّ فُلَانٍ.

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَيَبِيعُ الْوَصِيُّ عَلَى الْكَبِيرِ الْغَائِبِ جَائِزٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الْعَقَارِ)،
أَيِ: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٣).

قَالَ فِي أَصْلِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «مُحَمَّدٌ، عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: فِي
الرَّحْلِ بِمَوْتٍ وَتُوصِي إِلَى رَجُلٍ، وَيَتْرَكَ ابْنًا كَبِيرًا غَائِبًا، قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ صَنَعَهُ
الْوَصِيُّ فَهُوَ حَائِزٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَبِيعُ الْعَقَارَ، وَلَا يَتَجَرُّ فِي الْمَالِ»^(٤). وَذَلِكَ لِأَنَّ
الْوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَ الْأَبِ، وَالْأَبُّ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ الْعَقَارِ عَلَى وَلَدِهِ الْكَبِيرِ، فَكَذَلِكَ مَنْ

(١) فِي الْأَصْلِ: «يَأْمَنُ».

(٢) رَأَى بَعْضُهُ فِي (ط) «لَا أَبُّ يَلِي مَا سِوَاهُ وَلَا يَلِيهِ، فَكَذَا وَصِيهِ فِيهِ، وَكَانَ الْقَبَاسُ إِلَّا يَمْلِكُ
الرَّحْمَنُ غَيْرَ الْعَقَارِ أَيْضًا».

(٣) يَنْظُرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ النَّامِ الْكَبِيرِ [ص ٥٣١]

(٤) يَنْظُرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

قَالَ (وَلَا يَتَجَرُّ فِي الْمَالِ) لِأَنَّ الْمُفَوَّضَ إِلَيْهِ الْحِفْظَ دُونَ التَّجَارَةِ.

﴿ غيبة السيد ﴾

انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ وَلَايَةُ الْأَبِ وَهُوَ الْوَصِيُّ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ بَيْعَ الْعُرُوضِ عَلَى الْكَبِيرِ الْغَائِبِ.
وَالْقَبَاسُ. أَلَّا يَمْلِكَهُ، لِأَنَّ الْأَبَ لَا يَمْلِكُ بَيْعَ الْعُرُوضِ عَلَى وَلِيِّ الْكَبِيرِ،
فكَذَلِكَ وَصِيُّهُ.

وَجْهُ الْأَسْتَحْصَانِ أَنَّ الْوَصِيَّ مَأْمُورٌ بِحِفْظِ التَّرَكَةِ حَتَّى لَوْ ظَهَرَ عَلَيْهِ تَبَرُّ
يُقْصَى مِنْ ذَلِكَ، وَتَبْعُ الْمَقُولِ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ؛ لِأَنَّ الْمَقُولَ مِمَّا يُحْشَى عَلَيْهِ
التَّلَفُ، وَقَدْ يَكُونُ حِفْظُ الثَّمَنِ أَيْسَرَ، بِخِلَافِ الْعَقَارِ فَإِنَّهُ مُحَصَّنٌ بِنَفْسِهِ مَحْصُوطٌ،
لَا يُحْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ، وَمَنْ أَرَادَ تَحْصِينَ مَالِهِ وَحِفْظَهُ صَرَفَهُ فِي شِرَاءِ الْعَقَارِ،
وَالْعُرُوضُ يُشْرَعُ إِلَيْهَا التَّلَفُ، وَحِفْظُ بَدْلِهَا مِنَ الدَّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ أَيْسَرُ وَأَعَدُّ مِنَ
التَّوَيُّ والتَّلَفِ وَالْفَسَادِ.

وَقَالُوا [٥٦٧/٣]: لَوْ خِيفَ هَلَاكُ الْعَقَارِ، أَوْ هَلَاكُ [٣٢٧/٨] بَنَاتِهِ؛ يَمْلِكُ
الْوَصِيُّ^(١) بَيْعَهُ أَيْضًا عَلَى الْكَبِيرِ الْغَائِبِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يَكُونُ حِفْظًا،
وَلَا يَتَجَرُّ الْوَصِيُّ عَلَى الْكَبِيرِ الْغَائِبِ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّ التَّجَارَةَ يُتَنَفَّى بِهَا الرِّبْحُ دُونَ
الْحِفْظِ، فَلَا يَمْلِكُ.

وَقَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «وَقَالَ يَعْقُوبُ وَمُحَمَّدٌ: وَصِيُّ الْأَخِ وَالْأُمِّ وَالْعَمِّ
فِي الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ الْغَائِبِ بِمَنْزِلَةِ وَصِيِّ الْأَبِ فِي الْكَبِيرِ الْغَائِبِ».

يَعْنِي: أَنَّ وَصِيَّهُمْ يَمْلِكُ بَيْعَ الْعُرُوضِ، وَلَا يَمْلِكُ بَيْعَ الْعَقَارِ، يَرِيدُ بِهِ فِيمَا
تَرَكَ الْأَخُ وَالْأُمُّ وَالْعَمُّ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْوَصِيَّ قَائِمٌ مَقَامَ الْمُوصِي، وَالْأَخُ وَالْأُمُّ وَالْعَمُّ
لَا يَمْلِكُونَ التَّصَرُّفَ فِي مَالِ الصَّغِيرِ، فَكَذَلِكَ مَنْ قَامَ مَقَامَهُمْ (إِلَّا مَا كَانَ مِنْ بَابِ
الْحِفْظِ، حَتَّى مَلَكَوا شِرَاءَ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ لِلصَّغِيرِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جُمْلَةِ حِفْظِ

(١) وقع بالأصل «الْوَصِي» والمثبت من «ن»، «م»، «٢»، «٤»، «غ»، «و».

الصغير، فلو كان للصغير مال آخر لا من تركة الأخ والأُم والعم، فرصيتهم لا يملك حفظ ذلك المال؛ لأنَّ ولايةَ الحفظ مقصورة على تركة الموصي. كذا في «شرح الجامع الصغير».

وجملة القول هنا: ما قال الفقيه أبو الليث في كتاب «نكت الوصايا»: وإذا باع الوصي التركة فإن هذه المسألة على وجه: إما أن يكون الورثة كلهم كباراً، أو يكون كلهم صغاراً، وإما أن يكون بعضهم صغاراً وبعضهم كباراً، وإما أن يكون الميت أوصى لرجل بشيء من الدراهم، أو كان عليه الدين.

فَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ كِبَارًا، وَلَا دَيْنَ عَلَى الْمَيِّتِ، وَلَا وَصِيَّةٌ، فَإِنْ كَانُوا حُضُورًا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ شَيْئًا مِنَ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُ فِي نَصِيبِ الْكِبَارِ، وَإِنْ كَانُوا غُيَّيًّا، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ الْعُرُوضَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ الْعَقَارَ؛ لِأَنَّ لِلْوَصِيِّ وَلَايَةَ الْحِفْظِ وَالتَّحْصِينِ حَتَّى يُسَلَّمَ إِلَى الْكِبَارِ، وَيَبْعَثَهُ مِنَ التَّحْصِينِ؛ لِأَنَّ حِفْظَ الثَّمَنِ أَيْسَرُ مِنْ حِفْظِ الْعُرُوضِ، وَأَمَّا الْعَقَارَاتُ فَمُحَصَّصَةٌ بِنَفْسِهَا، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى يَبْعَثُهَا لِلتَّحْصِينِ.

وَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الْوَرَثَةُ كُلُّهُمْ صِغَارًا، وَهُمْ حُضُورٌ أَوْ غُيَّبٌ، فَلَهُ أَنْ يَبِيعَ نَصِيْبُهُمْ؛ لِأَنَّهُ قَامَ مَقَامَ الْآبِ، وَيَجُوزُ لِلْآبِ أَنْ يَبِيعَ مَالَ الصِّغَارِ إِذَا رَأَى فِي الْبَيْعِ صَلَاحًا لَهُمْ، عُرُوضًا كَانَ أَوْ عَقَارًا، فَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ الَّذِي قَامَ مَقَامَهُ.

أَمَّا إِذَا كَانَتِ الْوَرَثَةُ بَعْضُهُمْ صِغَارًا وَبَعْضُهُمْ كِبَارًا ، فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ : لَهُ أَنْ يَبِيعَ نَصِيبَ الصَّغَارِ وَالْكِبَارِ ، وَالْعُرُوضِ وَالْعَقَارِ جَمِيعًا .

وفي قول أبي يوسف ومحمد: له أن يبيع نصيب [٢/٥٣٣٧/٨] الصغار العروص والعقار، وليس له أن يبيع نصيب الكبار إذا كان الكبار حُضوراً، فإذا كانوا غيياً فله

أَنْ يَبِيعَ الْعُرُوصُ، حَاصَّةً بَصَتْ الصَّغَارِ وَالْكِبَارِ، وَلَا يَبِيعُ الْعَقَارَ إِلَّا نَصِيَتِ الصَّغِيرُ.
وَأَمَّا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ، أَنَّ الْوَصِيَّ مَأْمُورٌ بِبَيْعِ جَمِيعِ الثَّرَكَةِ مِنْ طَرِيقِ الدَّلَالَةِ،
لِأَنَّهُ أَمَرَ بِالْإِصْلَاحِ، وَفِي الْبَيْعِ إِصْلَاحُ الْفَرِيقَيْنِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ الْبَعْضَ كَانَ فِي ذَلِكَ
ضَرَرٌ بِالصَّغَارِ وَالْكِبَارِ جَمِيعًا، فَالْكِبَارُ فِي امْتِنَاعِهِمْ مُنْعَتُونَ مُصَارُّونَ بِأَنْصِبِهِمْ
وَبِالصَّغَارِ، فَاِمْتِنَاعُهُمْ بَاطِلٌ، وَيَحُوزُ بَيْعُهُ إِذَا كَانَ فِي بَيْعِ الْجُمْلَةِ إِصْلَاحٌ لِلْفَرِيقَيْنِ
جَمِيعًا.

وَأَمَّا مَذْهَبُهُمَا - وَهُوَ الْقِيَاسُ -: أَنَّ الْوَصِيَّ قَامَ مَقَامَ الصَّغَارِ، فَلَوْ كَبُرَ الصَّغَارُ،
لَا يَجُوزُ لَهُمْ إِلَّا بَيْعُ [١٣/٢٠] نَصِيبِهِمْ، فَكَذَلِكَ الْوَصِيُّ، وَبِهَذَا الْقَوْلُ نَأْخُذُ.

وَالْجَوَابُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الصَّغَارَ إِذَا كَبُرُوا؛ فَلَيْسَتْ لَهُمْ وَلَايَةٌ فِي مَصِيبِ
الْكِبَارِ، وَهُمْ غَيْرُ مَأْمُورِينَ بِبَيْعِ نَصِيبِهِمْ، لَا دَلَالَةٌ وَلَا إِفْصَاحًا، وَأَمَّا الْوَصِيُّ مَأْمُورٌ
بِبَيْعِهِ مِنْ طَرِيقِ الدَّلَالَةِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ، أَوْ أَوْصَى بِشَيْءٍ مِنَ الدَّرَاهِمِ -
وَلَيْسَ فِي الثَّرَكَةِ دَرَاهِمٌ، وَالْوَرَّةُ كَارٌ حُضُورٌ؛ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: يَجُوزُ بَيْعُ جَمِيعِ
الثَّرَكَةِ، وَفِي قَوْلِهِمَا: لَا يَجُوزُ إِلَّا [بَيْعُ] ' حِصَّةِ الدَّيْنِ.

أَمَّا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ: فَإِنَّ كُلَّ ' ' جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ الْمَالِ مُشْغُولٌ بِالدَّيْنِ؛ بِدَلِيلِ
أَنَّهُ لَوْ هَلَكَ بَعْضُ الْمَالِ وَجَبَ قَضَاءُ الدَّيْنِ مِنَ الْبَقِيَّةِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ
الْمَالِ مُشْغُولٌ بِالدَّيْنِ، فَلَهُ أَنْ يَبِيعَ جَمِيعَ الْمَالِ.

وَأَمَّا مَذْهَبُهُمَا: فَهُوَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَبِيعُ لِأَجْلِ الدَّيْنِ، فَوَجَبَ إِلَّا يَجُوزَ [بَيْعُهُ] -
إِلَّا بِمَقْدَارِ الدَّيْنِ.

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَيْنِ رِبَادَةٌ مِنْ ٩٠، ١٠٠، ١٢٥، ١٤٠، ١٥٠، ١٦٠، ١٧٠، ١٨٠، ١٩٠، ٢٠٠، ٢١٠، ٢٢٠، ٢٣٠، ٢٤٠، ٢٥٠، ٢٦٠، ٢٧٠، ٢٨٠، ٢٩٠، ٣٠٠، ٣١٠، ٣٢٠، ٣٣٠، ٣٤٠، ٣٥٠، ٣٦٠، ٣٧٠، ٣٨٠، ٣٩٠، ٤٠٠، ٤١٠، ٤٢٠، ٤٣٠، ٤٤٠، ٤٥٠، ٤٦٠، ٤٧٠، ٤٨٠، ٤٩٠، ٥٠٠، ٥١٠، ٥٢٠، ٥٣٠، ٥٤٠، ٥٥٠، ٥٦٠، ٥٧٠، ٥٨٠، ٥٩٠، ٦٠٠، ٦١٠، ٦٢٠، ٦٣٠، ٦٤٠، ٦٥٠، ٦٦٠، ٦٧٠، ٦٨٠، ٦٩٠، ٧٠٠، ٧١٠، ٧٢٠، ٧٣٠، ٧٤٠، ٧٥٠، ٧٦٠، ٧٧٠، ٧٨٠، ٧٩٠، ٨٠٠، ٨١٠، ٨٢٠، ٨٣٠، ٨٤٠، ٨٥٠، ٨٦٠، ٨٧٠، ٨٨٠، ٨٩٠، ٩٠٠، ٩١٠، ٩٢٠، ٩٣٠، ٩٤٠، ٩٥٠، ٩٦٠، ٩٧٠، ٩٨٠، ٩٩٠، ١٠٠٠.

(٢) وَفَعَّ بِالْأَصْلِ فَعَّلَ كَسَّ وَالْمَثَلُ مِنْ ٩٠، ١٠٠، ١٢٥، ١٤٠، ١٥٠، ١٦٠، ١٧٠، ١٨٠، ١٩٠، ٢٠٠، ٢١٠، ٢٢٠، ٢٣٠، ٢٤٠، ٢٥٠، ٢٦٠، ٢٧٠، ٢٨٠، ٢٩٠، ٣٠٠، ٣١٠، ٣٢٠، ٣٣٠، ٣٤٠، ٣٥٠، ٣٦٠، ٣٧٠، ٣٨٠، ٣٩٠، ٤٠٠، ٤١٠، ٤٢٠، ٤٣٠، ٤٤٠، ٤٥٠، ٤٦٠، ٤٧٠، ٤٨٠، ٤٩٠، ٥٠٠، ٥١٠، ٥٢٠، ٥٣٠، ٥٤٠، ٥٥٠، ٥٦٠، ٥٧٠، ٥٨٠، ٥٩٠، ٦٠٠، ٦١٠، ٦٢٠، ٦٣٠، ٦٤٠، ٦٥٠، ٦٦٠، ٦٧٠، ٦٨٠، ٦٩٠، ٧٠٠، ٧١٠، ٧٢٠، ٧٣٠، ٧٤٠، ٧٥٠، ٧٦٠، ٧٧٠، ٧٨٠، ٧٩٠، ٨٠٠، ٨١٠، ٨٢٠، ٨٣٠، ٨٤٠، ٨٥٠، ٨٦٠، ٨٧٠، ٨٨٠، ٨٩٠، ٩٠٠، ٩١٠، ٩٢٠، ٩٣٠، ٩٤٠، ٩٥٠، ٩٦٠، ٩٧٠، ٩٨٠، ٩٩٠، ١٠٠٠.

(٣) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَيْنِ رِبَادَةٌ مِنْ ٩٠، ١٠٠، ١٢٥، ١٤٠، ١٥٠، ١٦٠، ١٧٠، ١٨٠، ١٩٠، ٢٠٠، ٢١٠، ٢٢٠، ٢٣٠، ٢٤٠، ٢٥٠، ٢٦٠، ٢٧٠، ٢٨٠، ٢٩٠، ٣٠٠، ٣١٠، ٣٢٠، ٣٣٠، ٣٤٠، ٣٥٠، ٣٦٠، ٣٧٠، ٣٨٠، ٣٩٠، ٤٠٠، ٤١٠، ٤٢٠، ٤٣٠، ٤٤٠، ٤٥٠، ٤٦٠، ٤٧٠، ٤٨٠، ٤٩٠، ٥٠٠، ٥١٠، ٥٢٠، ٥٣٠، ٥٤٠، ٥٥٠، ٥٦٠، ٥٧٠، ٥٨٠، ٥٩٠، ٦٠٠، ٦١٠، ٦٢٠، ٦٣٠، ٦٤٠، ٦٥٠، ٦٦٠، ٦٧٠، ٦٨٠، ٦٩٠، ٧٠٠، ٧١٠، ٧٢٠، ٧٣٠، ٧٤٠، ٧٥٠، ٧٦٠، ٧٧٠، ٧٨٠، ٧٩٠، ٨٠٠، ٨١٠، ٨٢٠، ٨٣٠، ٨٤٠، ٨٥٠، ٨٦٠، ٨٧٠، ٨٨٠، ٨٩٠، ٩٠٠، ٩١٠، ٩٢٠، ٩٣٠، ٩٤٠، ٩٥٠، ٩٦٠، ٩٧٠، ٩٨٠، ٩٩٠، ١٠٠٠.

وقال أبو يوسف ومحمد: وصيُّ الأخ في الصغير [٥١/٢٩٨] والكبير العائب بمنزلة وصيِّ الأب في الكبير الغائب، وكذا وصيُّ الأمِّ ووصيُّ العمِّ. وهذا نجوابٌ في تركه هؤلاء لأنَّ وصيَّهم قائمٌ مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيَّهم.

﴿ عَمَلُ النِّبَاةِ ﴾

وقال الفقيه أبو الليث في آخر كتاب «نكت الوصايا»: «إنَّ وصيَّ الأمِّ ليس له أن يبيع العقار، وله أن يبيع العروض إذا كانت الورثة صغاراً، أو كباراً، وهم غيبٌ، وكذلك وصيُّ العمِّ ووصيُّ الأخ ونحو ذلك، ليس لأحدٍ من هؤلاء حقُّ التصرف في العقار، ولهم حقُّ التصرف في العروض التي ورثت من الأمِّ خاصة، أو من الأخ، أو من العمِّ، وليس لأحدهم أن يتصرف فيما ورث من غير الذي أوصى إليه.

وأما وصيُّ الأب: فله حقُّ التصرف في العروض والعقار، سواء ورث من أبيه [٥١/٣٣٨]، أو من غيره إذا كانت الورثة صغاراً.

وأما إذا كانت الورثة كباراً - وهم غيبٌ - فليس له أن يتصرف إلا في العروض خاصة؛ لأنَّ له ولاية الحفظ، ويبيع العروض للحفظ، والعقارات مُحَصَّنَةٌ بنفسها، فلا يحتاج إلى الحفظ، وكذا وصيُّ الأمِّ والعمِّ والأخ فيما ورث من الذي أوصى به؛ صار حكمه في ذلك حكم وصيِّ الأب في الكبار إذا كانوا غيباً، [والله أعلم] (١).

قوله: (وقالاً: وصيُّ الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصيِّ الأب في الكبير العائب)، أي: قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، ولا خلاف في هذه المسألة.

وَالْوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الْجَدِّ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: الْجَدُّ أَحَقُّ لِأَنَّ الشَّرْعَ أَقَامَهُ مُقَامَ الْأَبِ حَالَ عَدَمِهِ حَتَّى أَحْرَزَ الْمِيرَاثَ فَيَقْدَمُ عَلَى وَصِيِّهِ.

هَيْدَةُ الْبَيَانِ

وإنما خص ذكرهما في «الجامع الصغير»؛ لأنه روي عنهما ولم يرو عن أبي حنيفة. كذا قال الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» وقد مر باقي البيان. قَوْلُهُ: (قَالَ: وَالْوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الصَّغِيرِ مِنَ الْجَدِّ)، أي: قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١).

وعند الشافعي: الجدُّ أولى^(٢)؛ لأنَّ الشرع أقام الجدَّ مقام الأب عند عديمه؛ ولهذا لو مات الأب ولم يوص إلى أحدٍ كانت الولاية للجدِّ.

ولنا: أنَّ ولاية الأب انتقلت إلى الوصي بالوصاية، والأب مُقَدَّم على الجدِّ، فكذا من انتقلت ولايته إليه، فكان تقديم الوصي على الجدِّ كتقديم الأب عليه؛ لأنَّ الوصي قائم مقامه.

يُحَقِّقُهُ: أنَّ اختيار الأب الوصي مع وجود الجدِّ دليل على أنَّ الوصي أنظر للأولاد، وهذه الولاية نظريَّة، فيكون الوصي أولى من الجدِّ.

قَالَ الْكَرْخِيُّ فِي «مُخْتَصَرِهِ»: «وَإِذَا مَاتَ الرَّجُلُ وَلَمْ يُوصِ إِلَى أَحَدٍ، وَلَهُ أَبٌ [٥٦٣/٣] وَأَوْلَادٌ صِغَارٌ، وَالْأَبُ مَأْمُونٌ؛ فَلَا بُدَّ فِي ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيِّ الَّذِي يُوصِي إِلَيْهِ الْأَبُ، فَإِنْ مَاتَ الْجَدُّ، فَأَوْصَى إِلَى رَجُلٍ جَازَ ذَلِكَ، وَكَانَ وَصِيَّ الْجَدِّ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/مع شرحه التافع الكبير» [ص/٥٣٢].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٣٠٧/٨]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للنعوي [١٠٨/٥]، و«روضة الطالبين» لسوي [١٧٥/٦]، و«النجم الوهاج في شرح المهاج» للدَّيْمَرِي [٢٩٦/٦].

فصل في الشهادة

قال. وإذا شهد الوصيان أن الأب أوصى إلى فلان معهما؛ فالشهادة باطلة؛ لأنهما متهمان فيها لإثباتهما معيناً لأنفسهما.

حاشية البيان

فصل في الشهادة

وإنما أخرج ذكر الشهادة في الوصية؛ لكونها عارضة غير أصلية؛ لأن الأصل عدم العارضي.

قوله: (وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما؛ فالشهادة باطلة). وقال محمد في أصل «الجامع الصغير» [٨/ ٣٣٨ ط م] يعقوب، عن أبي حنيفة: في الوصيين يشهدان أن الميت أوصى إلى هذا معهما، قال: إن ادعى ذلك فشهادتهما جائزة، وإن أنكر ذلك فشهادتهما باطلة، وكذلك الورثان يشهدان بذلك^(١).

قالوا في «شرح الجامع الصغير»: وهذا استحسان، والقياس: ألا يقبل، وإن ادعى المشهود له ذلك.

وجه القياس: أن هذه الشهادة قامت للشاهد أو لأبيه؛ فبطلت.

وجه الاستحسان: أن القاضي يملك نصب الوصي إذا كان طالباً والموت معروفاً، فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن، وإنما أسقط عنه مؤنة التعيين.

(١) ينظر: «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [٥٣٢/ ص].

غاية البيان

ومثاله: أَنَّ الْقُرْعَةَ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ، وَيَجُوزُ اسْتِعْمَالُهَا فِي تَعْيِينِ الْأَنْصِبَاءِ لِدَفْعِ التَّهْمَةِ عَنِ الْقَاضِي، فَصَلَحَتْ دَافِعَةً لَا مُوجِبَةً، فَكَذَلِكَ هَذِهِ الشَّهَادَةُ تَدْفَعُ عَنْهُ مُؤَنَّةَ التَّعْيِينِ، وَإِذَا كَانَ غَيْرَ طَالِبٍ وَالْمَوْتُ غَيْرَ مَعْرُوفٍ لَمْ يَكُنْ لِلْقَاضِي وَلَايَةٌ نَصَبِ الْوَصِيِّ إِلَّا بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ، فَتَصِيرُ مُوجِبَةً، فَيَبْطُلُ بِمَعْنَى ^(١) التَّهْمَةِ، إِلَّا فِي غَرِيمَيْنِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ؛ لِأَنَّ اعْتِرَافَهُمَا عَلَى أَنْفُسِهِمَا بِشَوْثِ وَلَايَةِ الْقَبْضِ جَائِزٌ، فَانْتَفَتِ التَّهْمَةُ عَنْ شَهَادَتِهِمَا.

بخلاف مسألة التَّوَكُّيلِ إِذَا شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا وَكَّلَ فَلَانًا بِقَبْضِ دِيُونِهِ بِالْكُوفَةِ؛ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَمْلِكُ نَصَبَ الْوَكِيلِ عَنِ الْغَائِبِ، فَلِذَا لَمْ يَكُنْ مَالِكًا، فَلَوْ تَبَيَّنَتْ تَبَيَّنَتْ بِهَذِهِ الْحُجَّةِ، وَهَذِهِ حُجَّةٌ فِيهَا تَهْمَةٌ، فَبَطَلَتْ.

وجملة الكلام فيه: مَا قَالَ الْفَقِيهُ أَبُو الْلَيْثِ فِي كِتَابِ «مَكْتَبِ الْوَصَايَا» بِقَوْلِهِ: «وَإِذَا أَوْصَى الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلَيْنِ، فَشَهِدَ الْوَصِيَّانِ أَنَّ الْمَيِّتَ قَدْ أَوْصَى إِلَى فَلَانٍ مَعَهُمَا؛ فَشَادَتْهُمَا جَائِزَةٌ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدَ الْوَارِثَانِ، أَوْ الْمَوْصَى لَهُمَا، أَوْ الْغَرِيمَانِ اللَّذَانِ لَهُمَا عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ، أَوْ الْغَرِيمَانِ اللَّذَانِ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ؛ فَالْجَوَابُ فِي هَذِهِ الْفُصُولِ الْخَمْسَةِ وَاحِدٌ: أَنَّ شَهَادَتَهُمَا لَا تُقْبَلُ فِي الْقِيَاسِ، وَفِي الْاسْتِحْسَانِ: تُقْبَلُ إِذَا كَانَ الْمَوْتُ ظَاهِرًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَوْتُ ظَاهِرًا لَا تُقْبَلُ إِلَّا فِي الْغَرِيمَيْنِ اللَّذَيْنِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ.

أَمَّا وَجْهُ الْقِيَاسِ: فَهُوَ أَنَّ فِي شَهَادَتِهِمَا جَرًّا مَعْنُومًا؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّيْنِ إِذَا كَانَ مَعَهُمَا ثَلَاثٌ؛ يَكُونُ لَهُمَا مَنْفَعَةٌ، وَكَذَلِكَ الْوَارِثَانِ [٢/٣٢٩/٨]، أَوْ الْغَرِيمَانِ [يَكُونُ لَهُمَا مَنْفَعَةٌ] ^(١)، أَلَا تَرَى أَنََّّهُمَا لَوْ شَهِدَا فِي حَالِ حَيَاتِهِ [٥٦٤/٣] بِأَلَوْكَالَةٍ؛ لَا تُقْبَلُ

(١) فِي «م»: «فَيَبْطُلُ لِمَعْنَى».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ «ال» وَ«م»، وَالْمَا، وَ«ع»، وَ«ار».

إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهَا الْمُشْهُودُ لَهُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَهُوَ فِي الْقِيَاسِ الْأَوَّلِ لِمَا
تَبَيَّنَ مِنَ التُّهْمَةِ

وَجْهٌ الْإِسْتِحْسَانِ أَنْ لِلْقَاضِي وَلَايَةً نَصَبِ الْوَصِيِّ ابْتِدَاءً أَوْ ضَمًّا آخِرَ
إِلَيْهِمَا بِرِضَاهُ بِدُونِ شَهَادَتَيْهِمَا فَيَسْقُطُ بِشَهَادَتَيْهِمَا مُؤَنَةُ التَّعْيِينِ عَنْهُ، أَمَّا الْوَصَايَةُ
تَنْشُئُ بِنَصَبِ الْقَاضِي.

قَالَ (وَكَذَلِكَ الْإِبْتِنَانِ) مَعْنَاهُ إِذَا شَهِدَا أَنَّ الْمَبْتَ أَوْصَى إِلَى رَجُلٍ وَهُوَ
يُنْكِرُ لِأَنَّهُمَا يَجُرَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا بِنَصَبِ حَافِظٍ بِلْتَرَكَةٍ.

﴿عَايَةُ الْبَيَانِ﴾

شَهَادَتُهُمَا، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، أَلَا تَرَى أَنَّ الْغَرِيمَيْنِ لَوْ قَصَّيَا الدِّينَ، ثُمَّ شَهِدَا لَا تُقْبَلُ
شَهَادَتُهُمَا قَبْلَ الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ سَبَبَ بَرَاءَتِهِمَا إِذَا قَصَّيَا الدِّينَ.

وَأَمَّا وَجْهُ الاسْتِحْسَانِ: فَهُوَ أَنَّ الْقَاضِي لَوْ أَبْطَلَ شَهَادَتَهُمَا يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ
يَنْصَبَ لَهُ وَصِيًّا؛ لِأَنَّ الْقَاضِي لَا يَنْبَغِي لَهُ أَنْ يُعْطَلَ أُمُورَ الْمَيِّتِ، وَقَدْ أَقَرَّ الْوَصِيَّانِ
أَنَّهُ لَيْسَ لِهَمَا حَقُّ التَّصَرُّفِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا ثَالِثٌ، فَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ هَكَذَا يَنْبَغِي
أَنْ يُسْتَحْسَنَ وَتُقْبَلَ شَهَادَتُهُمَا؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُضْمَّ إِلَيْهِمَا
ثَالِثًا، فَلَا فَائِدَةَ فِي إِبْطَالِ شَهَادَتَيْهِمَا.

فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَوْتُ ظَاهِرًا: فَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَوْجَدُ فِيهِ، فَيُؤْخَذُ فِيهِ بِالْقِيَاسِ
[إِلَّا] ^(١) الْغَرِيمَيْنِ اللَّذَيْنِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ؛ لِأَنَّهُمَا يَشْهَدَانِ عَلَى أَنْفُسِهِمَا فِي الظَّاهِرِ،
فَلَا تُهُمَةٌ فِي شَهَادَتَيْهِمَا.

قَوْلُهُ: (وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَهُوَ فِي الْقِيَاسِ كَالْأَوَّلِ)، أَيُّ: قَبُولُ شَهَادَةِ
الْوَصِيِّينَ لِأَنَّهُ وَصِيٌّ مَعَهُمَا إِذَا ادَّعَى الْمَشْهُودُ لَهُ ذَلِكَ اسْتِحْسَانٌ.

وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، كَمَا إِذَا أَنْكَرَ الْمَشْهُودُ لَهُ ذَلِكَ، وَهَذَا مَعْنَى

وَلَوْ شَهِدَا يَعْني الوَصِيَّيْنِ (لِوَارِثٍ صَغِيرٍ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ أَوْ غَيْرِهِ
شَهِادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُمَا يُظْهَرَانِ وَلَايَةَ التَّصَرُّفِ لِأَنَّهُمَا فِي الْمَشْهُودِ بِهِ .

في زيادة البيان

قوله: (كَمَالِ الْأَوَّلِ).

قوله: (وَلَوْ شَهِدَا)، يعني: الوَصِيَّيْنِ لِوَارِثٍ صَغِيرٍ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ أَوْ
غَيْرِهِ، فَشَهِادَتُهُمَا بَاطِلَةٌ.

قَالَ مُحَمَّدٌ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «عَنْ يَعْقُوبَ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: فِي الْوَصِيَّيْنِ
بِشَهِادَانِ لِوَارِثٍ صَغِيرٍ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ أَوْ بِغَيْرِ مَالِ الْمَيِّتِ: أَنَّ ذَلِكَ بَاطِلٌ،
وَإِنْ شَهِدَا لِوَارِثٍ كَبِيرٍ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ لَمْ تُقْبَلْ، وَبِشَيْءٍ مِنْ غَيْرِ مَالِ الْمَيِّتِ
تُقْبَلُ، وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ: تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ لِلْكَبِيرِ فِي مَالِ الْمَيِّتِ أَيْضًا»^(١).

أَمَّا الشَّهَادَةُ لِلصَّغِيرِ: فَلَأَنَّهُمَا شَهِدَا لِأَنفُسِهِمَا بِحَقِّ التَّصَرُّفِ وَلِلْوَارِثِ
بِالْمِلْكِ، فَبَطُلَتِ الشَّهَادَةُ كُلُّهَا، كَرَجُلَيْنِ يَشْهَدَانِ أَنَّ لَنَا وَلِهَذَا الْمُدَّعِي عَلَى هَذَا
أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَالشَّهَادَةُ كُلُّهَا بَاطِلَةٌ، لِأَنَّ شَهَادَةَ الْمَتَّهِمِ لَا تُقْبَلُ، وَشَهَادَةُ الْخَصْمِ لَا
تُقْبَلُ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَأَمَّا الشَّهَادَةُ لِلْكَبِيرِ: فَوَجْهُ قَوْلِهِمَا أَنَّهُمَا أَجْنِبَانِ عَنِ الْمَشْهُودِ لَهُ، فَوَجَبَ
الْقَبُولُ كَمَا فِي غَيْرِ مَالِ الْمَيِّتِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُمَا لَيْسَا بِخَصْمَتَيْنِ، وَلَيْسَ لِهَذَا حَقُّ
التَّصَرُّفِ فِي ذَلِكَ، فَعَرِيتِ الشَّهَادَةُ عَنِ التَّهْمَةِ [٢/٥٣٩/٨]، فَقُبِلَتْ.

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْوَصِيَّيْنِ مَتَّهَمَانِ فِي هَذِهِ الشَّهَادَةِ؛ لِأَنَّهُمَا يُوجِبَانِ لِأَنفُسِهِمَا
حَقًّا [الْحِفْظُ؛ لِأَنَّ] ^(٢) حِفْظَ مَالِ الْمَيِّتِ إِلَيْهِمَا فِي حَقِّ الْكَبِيرِ إِذَا غَابَ، فَيَتَوَهَّمُ
عَوْدُ الْوَلَايَةِ عَلَيْهِ إِذَا جُنَّ أَوْ عُتِيَ، فَلَا يُقْبَلُ شَهِادَتُهُمَا، كَالْمُودَعَيْنِ إِذَا شَهِدَا بِمِلْكِ

(١) بَطَر: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ السَّامِعُ الْكَبِيرُ [ص/٥٣٢].

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِمَّنْ: «لَا»، وَ«م»، وَ«فَا»، وَ«ع»، وَ«ر».

فَإِنْ شَهِدَ لِوَارِثٍ كَبِيرٍ فِي مَالِ الْمَيِّتِ لَمْ يَحْزُ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَالِ الْمَيِّتِ (جَارَ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: إِنْ شَهِدَ لِوَارِثٍ كَبِيرٍ تَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ، لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُمَا وَلَايَةُ التَّصَرُّفِ فِي الثَّرَكَةِ إِذَا كَانَتْ الْوَرَثَةُ كِبَارًا فَعَرِثَتْ عَنْ التُّهْمَةِ. وَلَهُ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُمَا وَلَايَةُ الْحِفْظِ وَلِلْوَلَايَةِ بَيْعُ الْمَنْقُولِ عِنْدَ غَيْبَةِ الْوَارِثِ فَتَحَقَّقَتِ التُّهْمَةُ بِخِلَافِ شَهَادَتَيْهَا فِي غَيْرِ الثَّرَكَةِ لِانْقِطَاعِ وَلَايَةِ وَصِيِّ الْأَبِ عَنْهُ، لِأَنَّ الْمَيِّتَ أَقَامَهُ مُقَامَ نَفْسِهِ فِي تَرَكَّتِهِ لَا فِي غَيْرِهَا.

وَإِذَا شَهِدَ الرَّجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ عَلَى مَيِّتٍ بِدَيْنِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ، وَشَهِدَ الْآخَرَانِ لِلأَوَّلَيْنِ بِمِثْلِ ذَلِكَ، جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا، فَإِنْ كَانَتْ شَهَادَةُ كُلِّ فَرِيقٍ لِلْآخَرِ بِوَصِيَّةِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ لَمْ تَحْزُ.

شَاحِبَةُ لُبِّي

الْوَدِيعَةُ لِلْمُودِعِ. كَذَا قَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى.

قَوْلُهُ: (تَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ)، أَي: تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَصِيِّينِ لِوَارِثٍ كَبِيرٍ فِي مَالِ الْمَيِّتِ، وَهِيَ غَيْرُ مَالِ الْمَيِّتِ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ^(١) عَلَى مَيِّتٍ بِدَيْنِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ، وَشَهِدَ الْآخَرَانِ لِلأَوَّلَيْنِ بِمِثْلِ ذَلِكَ، جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا، فَإِنْ كَانَتْ شَهَادَةُ كُلِّ فَرِيقٍ لِلْآخَرِ بِوَصِيَّةِ أَلْفٍ دِرْهَمٍ لَمْ تَحْزُ)، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُونُسَ: لَا تُقْبَلُ فِي الدَّيْنِ أَيْضًا، وَهَكَذَا ذَكَرَ [٥٦٤/٣] مُحَمَّدٌ الْخِلَافَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(٢).

وَقَالَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ الْبَزْدَوِيُّ فِي شَرْحِهِ لـ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «وَذَكَرَ الْخَصَافُ فِي «أَدَبِ الْقَاضِي» أَنَّ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُونُسَ: لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالذَّيْنِ،

(١) وَفَعَّ بِالْأَصْلِ. «رَجُلٌ» - وَالْمَيِّتُ مِنْ «الْمَيِّتِ»، وَ«الْمَيِّتِ» - «الْمَيِّتِ»، وَ«الْمَيِّتِ» - «الْمَيِّتِ».

(٢) يَنْظُرُ «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ «الْكَبِيرِ» [٥٣٢/١].

وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تُقْبَلُ فِي الدِّينِ أَيْصًا.

﴿ عبد الله ﴾

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: تُقْتَلُ. وَالَّذِي ذَكَرَهُ الْخَصَافُ مَذْكُورٌ فِي «الْأَمَالِي» عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، ذَكَرَهُ يَشْرُ فِي «الْأَمَالِي»، فَصَارَ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَوَايَتَانِ.

وَلَفْظُ الْخَصَافِ فِي كِتَابِ «أَدَبِ الْقَاضِي»: «لَوْ أَنَّ رَجُلًا مَاتَ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ، وَتَرَكَ وَرَثَةً، وَتَرَكَ مَالًا، فَشَهِدَ رَجُلَانِ لِرَجُلَيْنِ عَلَى الْمَيِّتِ بِدَيْنِ أَلْفِ دِرْهَمٍ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَابْنَ أَبِي لَيْلَى وَأَبَا يُوسُفَ قَالُوا: الشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ، مِنْ قِبَلِ أَنَّهُمْ يَشْتَرِكُونَ فِيهَا قَبْضَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ. وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»^(١) عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: إِنَّ الشَّهَادَةَ جَائِزَةٌ. وَرَوَى الْحَسَنُ بْنُ زِيَادٍ، عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ: أَنَّهُمْ إِنْ جَاءُوا جَمِيعًا فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ. إِلَى هَذَا لَفْظُ الْخَصَافِ.

وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الَّتِي حُكِمَ فِيهَا بِالرَّدِّ: أَنَّ الدِّينَ مُتَعَلِّقٌ بِالتَّرَكَةِ عَلَى سَبِيلِ شَرَكَةٍ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الوَصَايَا الْمَشْتَرَكَةِ.

وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْآخَرَى: أَنَّ الدِّينَ إِنَّمَا يَحُلُّ الذِّمَّةَ، وَلَا شَرَكَةَ فِي ذَلِكَ أَصْلًا، وَإِنَّمَا الْإِسْتِيفَاءُ مِنْ ثَمَرَاتِهِ، فَوَقَعَتِ الشَّهَادَةُ لِغَيْرِ الشَّاهِدِ، فَقَبِلْتُ بِخِلَافِ الوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ بِالْوَصِيَّةِ لَا يَتَّبِعُ فِي الذِّمَّةِ، وَإِنَّمَا [١/٣٤٠/٨] يَتَّبِعُ فِي الْعَيْنِ، فَصَارَ الْمَالُ مَشْتَرَكًا بَيْنَهُمْ. كَذَا ذَكَرَ فَخْرُ الْإِسْلَامِ وَغَيْرُهُ.

(١) لَمْ يَرِ هَذَا النِّقْلُ عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ فِي الْمَطْبُوعِ مِنْ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»، وَفَدَّ سَاقِ لُبُّو بِكَرِ الرَّارِي عِبَارَةَ الْخَصَافِ فِي شَرْحِ «أَدَبِ الْقَاضِي» [ق/٦٦/ب/مخطوط متحف بلدية قونية - تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٦٠٢)]، وَوَقَعَ فِيهَا الْعَرُوفُ إِلَى «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ»، وَلَعَلَّ هَذَا أَصَحُّ؛ لِأَنَّ النِّقْلَ وَقَعَ عَنْ أَبِي حَبِيبَةَ هَكَذَا فِي «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ» لِمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ [ص/١٧٠] بِعَمٍّ. وَقَعَ فِي السَّحْطِ الْمُنْدَةِ مِنْ «أَدَبِ الْقَاضِي» لِلْخَصَافِ [و/٢٥٢/أ/مخطوط مكتبة كوبرلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)] الْعَرُوفُ إِلَى «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» وَلَعَلَّ تَحْرِيفًا، أَوْ هُوَ مِنْ قِبَلِ اخْتِلَافِ الشُّحِّ، وَقَدْ حَكَّنَ الْمَدْرُ الشَّهِيدُ فِي «شَرْحِ أَدَبِ الْقَاضِي» [٤/٤٥٠] الْعِبَارَةَ عَنِ الْكَاتِبِينَ جَمِيعًا أَعْيَى «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ»، وَ«الْجَامِعِ الصَّغِيرِ».

وهنا ثلاثة فصول: ذكرها^(١) شمس الأئمة السرخسي في «شرح الكافي»: «في أحدها لا تُقبل الشهادة بالاتفاق، وهو أن يشهد رجلان لرجلين بوصية الميت لهما بالثالث، ويشهد المشهود لهما للشاهدين بالوصية بالثالث؛ وهذا لأن الثالث مشترك بين الموصي لهما، فشهادة كل فريق لاقت محلاً مشتركاً بين المشهود له والشاهد

وفي الوجه الثاني: الشهادة مقبولة بالاتفاق، وهو أن يشهد الرجلان أن الميت أوصى لهما بهذا العبد، ويشهد الآخران أن الميت أوصى للشاهدين بهذا الجارية؛ فالشهادة تُقبل؛ لأن كل واحد من الفريقين يثبت الحق للمشهود لهما في محل لا شركة لهما في ذلك المحل.

والفصل الثالث: على الخلاف، وهو فضل الدين، فأبو يوسف يقول: حقّ العزماء بعد الموت يتعلّق بالتركة؛ ولهذا لا يثبت الملك للوارث، ولا يُعَدُّ نصرته فيها إذا كان الدين مُحيطاً بها، فشهادة كل فريق تُلاقي محلاً مشتركاً، فهو بطريق مسألة الوصية بالثالث؛ وهذا لأن المقصود من إثبات الدين بعد الموت الإتيان من التركة، وباعتبار المقصود تتحقّق الشركة بينهم فيه.

وأبو حنيفة ومحمد قالا: كل فريق إنما يشهد للفريق الآخر بالدين في دعة الميت، ولو شهد^(٢) بذلك في حياته كانت الشهادة مقبولة، وكذلك إذا شهد بعد الموت به؛ وهذا لأن الدين بالموت لا يتحوّل من الدعة إلى التركة.

ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط شيء من الدين، وأن للوارث أن يستخلص التركة لنفسه بقضاء الدين من محل آخر، فلا تتحقّق الشركة بينهم هاهنا بخلاف الوصية بالثالث، فإن حقّ الموصي له يثبت في عين التركة، حتى لا ينفي

(١) وقع بالأصل: «ذكره»، والمثبت من: «م»، و«٢٢٥»، و«ع»، و«د».

(٢) وقع بالأصل: «شهد»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«٢٢٥»، و«ع»، و«د».

بعد هلاك الشركة، ولو أراد الوارث أن يستخلص الشركة لنفسه، وبغض الموصي له حقه من محل آخر لم يكن له ذلك، وكانت الشركة ثابتة بينهم في الشركة باعتبار شهادتهما^(١).

وتعمم البيان فيه: ما قاله الفقيه أبو الليث في كتاب «نكت الوصايا» وإذا شهد أربعة نفر، شهد هداي لهدين، وهداي لهدين على [٣٦٥ د] الميت بحق، فإن هذا على ثلاثة أوجه:

في وجه: يُقبل شهادتهما بالاتفاق

[٣٦٥/٨] وفي وجه: لا يُقبل بالاتفاق.

وفي وجه: اختلفوا فيه.

فأما الذي لا يُقبل شهادتهما بالاتفاق: إذا شهد شاهداي أن الميت أوصى لهدين بثلث المال، وشهد هداي لهدين أن الميت أوصى له^(٢) بثلث المال، أو بربع المال، أو بسدس المال، فشهد كل فريق بذلك لصاحبه، لا يُقبل شهادتهما؛ لأن كل فريق شهد على شيء له فيه حق الشركة؛ لأنه لو جازت شهادتهما صار الثلث بينهم بالشركة، فثبت أن كل فريق شهد على شيء له فيه شركة، فصار متهما في شهادته، وإذا صار متهما لا يُقبل شهادته.

وأما الوجه الذي جازت شهادتهما بالاتفاق: إذا شهد هداي لهدين بوصية عند بعثه، وشهد هداي لهدين بوصية، ثوب أو حارية، أو غير ذلك شيء بعثه؛ جازت شهادتهما؛ لأن كل فريق شهد على شيء لا يثبت له فيه شركة، وإذا لم يثبت

(١) ينظر: «المبسوط» للشرنخسي [٨٢/٢٨ - ٨٣]

(٢) وقع في «ع»: لهما.

لَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ وَلَا تُثَمَّةٌ فِي شَهَادَتَيْهِمَا

وَأَمَّا الْوَجْهُ الَّذِي اخْتَلَفُوا فِيهِ: إِذَا شَهِدَ هَدَّابٌ لِهَدَّابٍ عَلَى الْمَيْتِ بِذَيْنِ، وَشَهِدَ هَدَّابٌ لِهَدَّابٍ عَلَى الْمَيْتِ بِذَيْنِ آخَرَ، فِي قَوْلِ أَبِي خَيْفَةَ وَمُحَمَّدٍ: جَازَتْ شَهَادَتُهُمَا، وَفِي قَوْلِ أَبِي يَوْسَفَ: لَا يُقْبَلُ

أَمَّا مَذْهَبُ أَبِي خَيْفَةَ وَمُحَمَّدٍ: فَهُوَ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ شَهِدٌ لِلْفَرِيقِ الْآخَرِ بِذَيْنِ لَا شَرِكَةَ لَهُ فِيهِ، لِأَنَّ كُلَّ ذَيْنِ وَحَبَّ عَلَى حِدَةٍ، وَلَمْ يَكُنْ فِي أَصْلِ الذَّيْنِ شَرِكَةٌ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَحَبَّيَا لَوْ تَبَرَّعَ، فَقَضَى ذَنْنَ أَحَدِ الْفَرِيقَيْنِ لَيْسَ لِلْفَرِيقِ الْآخَرِ أَنْ يُشَارِكَهُ.

فَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ هَكَذَا وَلَا تُثَمَّةٌ فِي شَهَادَتَيْهِمَا، وَصَارَ كَمَا قُلْنَا فِي الرِّصَّةِ بِعَيْنَيْهَا، وَلَيْسَ كَالرِّصَّةِ بِالثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ هَاكَ شَهِدًا عَلَى شَيْءٍ هُمَا فِيهِ شَرِيكَانِ. وَشَهَادَةُ الشَّرِيكِ لَا تُقْبَلُ، وَالذَّيْنُ لَا شَرِكَةَ بَيْنَهُمَا فِيهِ.

وَأَمَّا مَذْهَبُ أَبِي يَوْسَفَ: فَهُوَ أَنَّهُ تَفَعُّ الشَّرِكَةُ فِيمَا بَيْنَهُمَا فِي الْمُتَشَدِّبِ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ أَحَدَ الْفَرِيقَيْنِ لَوْ قَبَضَ مِنْ مَالِ الْمَيْتِ شَيْئًا كَانَ لِلْفَرِيقِ الْآخَرِ أَنْ يُشَارِكَهُ، وَأَسْبَبُ الْجَرَحِ إِذَا طَهَّرْتُ فِي الْمُتَشَدِّبِ كَانَ كَأَنَّهَا [كَانَتْ] "مَوْجُودَةٌ فِي الْإِبْتِدَاءِ، فَإِذَا كَانَ الْأَمْرُ هَكَذَا تَحَكُّمَتِ الشُّبْهَةُ فِي شَهَادَتَيْهِمَا.

وَالْجَوَابُ لِأَبِي خَيْفَةَ وَمُحَمَّدٍ: أَنَّ الشَّرِكَةَ بَيْنَهُمَا فِي الْاِقْتِصَاءِ، وَالْاِقْتِصَاءُ بِتَأْخُرٍ عَنِ الْوُجُوبِ، فَحِينَ قَضَى الْقَاضِي لَا شَرِكَةَ بَيْنَهُمَا، وَإِنَّمَا تُعْتَبَرُ الشَّرِكَةُ وَقْتُ الْقَضَاءِ، وَوَقْتُ الْقَضَاءِ لَا شُبْهَةَ فِي [٣٤١/٨] شَهَادَتَيْهِمَا، وَكَذَلِكَ [لَوْ] " شَهِدَ إِنَا هَذَيْنِ لِهَذَيْنِ، وَإِنَا هَذَيْنِ لِهَذَيْنِ؛ فَهِيَ عَلَى هَذِهِ الْوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَا.

(١) رَوَى الْأَصْلُ «لِلْفَرِيقِ وَالْفَرِيقِ» وَالْمَيْتُ مِنْ «ن»، وَ«م»، وَ«ط»، وَ«ع»، وَ«ر».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْنَوَيْنِ رِجَالٌ مِنْ «ن»، وَ«م»، وَ«ط»، وَ«ع»، وَ«ر».

وأبو حبيبة - فيما ذكر الحصاص - مع أبي يوسف وعن ١٠١٩١ أبي يوسف مثل قول محمد.

روحه القول^(١) أن الدين^(٢) بحيث هي الدمة وهي قابلة لحقوف شتى فلا شرعة، ولهذا لو تسرع أخشي بقضاء دين أحدهما ليس للأخر حق المشاركة. وخه الرد أن الدين بالموت يتعلق بالتركة إذ الدمة حربت بالموت، ولهذا يستوفى أحدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مبينة^(٣) حز التركة فتتحقق التهمة، بخلاف حال حياة المدينين لأنه في الدمة لبقائها لا في المال فلا تتحقق التركة.

قل (ولو شهدا أنه أوصى لهما الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما أن ثبت أوصى للشاهدين بعبد جازت الشهادة بالاتفاق) لأنه لا شركة فلا تهمة.

في بيان أصول الدين

قوله (وأبو حبيبة - فيما ذكر الحصاص - مع أبي يوسف)، يعني: لا تقبل شهادة عبد أبي حبيبة في الدين أيضا كما قال أبو يوسف.

قوله: (وعن أبي يوسف مثل قول محمد)، يعني: تقبل الشهادة في الدين بعبد أبي يوسف كما قال محمد، ولا تقبل الشهادة في الوصية بالعب درهم مرسلة بالاتفاق.

والحاصل: أن قول كل واحد من أبي حبيبة وأبي يوسف اضطرب، فحصل من كل روايتان [٢٠٦٥]، وقول محمد متقرر، لا اضطراب فيه، فلأجل هذا قال في المتن: (وعن أبي يوسف مثل قول محمد). ولم يقل: مثل قولهما، لا اضطراب قول أبي حبيبة رحمته.

(١) في الأصل «القول»

(٢) في الأصل «الدين»

(٣) في (ط) «مبينة».

فلو شهدا أنه أوصى لَهَذَيْنِ الرَّحْلَيْنِ بِثُلْثِ مَالِهِ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ
أَوْصَى لِلشَّاهِدَيْنِ بِثُلْثِ مَالِهِ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ ، وَكَذَا إِذَا شَهِدَ الْأَوَّلَانِ أَنَّ الْمَيِّتَ
أَوْصَى لَهَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ بِعَدَدٍ وَشَهِدَ الْمَشْهُودُ لَهُمَا أَنَّهُ أَوْصَى لِلأَوَّلَيْنِ بِثُلْثِ مَالِهِ
فَهِيَ بَاطِلَةٌ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مَبْنِيَّةٌ ^(١) لِلشَّرَكَةِ .

عبد العبد

قَوْلُهُ: (لَأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مُبْنِيَّةٌ لِلشَّرَكَةِ) ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ يَشْرَكُونَ
فِي ثُلْثِ الْعَبْدِ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قَالَ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ أَبُو حَنِيفَةَ أَمِيرُ كَاتِبِ بْنِ أَمِيرِ عُمَرَ الْعَمِيدِ الْمَدْعُو بِقَوَامِ
الْمَارَاطِيِّ الْأَتَقَانِيِّ - غَفَرَ اللَّهُ لَهُ وَلِوَالِدَيْهِ - : أَحْمَدُ اللَّهُ حَمْدًا كَثِيرًا طَيِّبًا مَبَارَكًا عَلَى
بُلُوغِي آخِرَ كِتَابِ الرِّضَايَا مِنَ الشَّرْحِ الْعَسَمِيِّ بِ: «غَايَةِ الْبَيَانِ» يَوْمَ الثَّلَاثَاءِ الثَّامِنِ مِنْ
ذِي الْقَعْدَةِ مِنْ سَنَةِ سَبْعٍ وَأَرْبَعِينَ وَسَبْعٍ مِائَةٍ ، وَقَدْ طَالَتِ الْمُدَّةُ فِي الشَّرْحِ بِسَبَبِ
الْعَلَائِقِ وَالْعَوَاقِقِ وَكَثَارَةِ الزَّمَانِ ، وَبَقِيَتْ فِي عَمَلِ الشَّرْحِ سِتًّا وَعِشْرِينَ سَنَةً وَسَبْعَةً
أَشْهُرٍ وَثَمَانِيَةَ أَيَّامٍ .

وَكَانَ افْتِتَاحُ الشَّرْحِ غُرَّةَ شَهْرِ رَبِيعِ الْآخِرِ مِنْ سَنَةِ إِحْدَى وَعِشْرِينَ وَسَبْعٍ مِائَةٍ ،
وَلَمْ أَلْ جَهْدِي فِي بَيَانِ الْمَنْفُولِ وَالْمَعْقُولِ ، وَحَلِّ اللَّفْظِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَيْسَ الْحَبْرُ
كَالْمُعَابِنَةِ ، وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﷻ ، ذَلِكَ فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَنْ يَشَاءُ ، وَمَعَ هَذَا
لَا يَحِلُّو كِتَابِي عَنْ حَاسِدٍ أَوْ مُعَادٍ مُكَابِرٍ لِلْحَقِّ يُزْرِيهِ أَوْ يُزْرِي ^(٢) بِهِ .

فَإِنْ تَجَدَّ عَيْنَا فَسَدَّ الْخَلَا ۝ جَلَّ مَنْ لَا عَيْبَ فِيهِ وَعَلَا
وَمَا كَانَ غَرَضِي مِنَ التَّطْوِيلِ إِلَّا إِتِمَامُ الْفَائِدَةِ لَطَالِبِي التَّحْقِيقِ ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ
رَبِّ الْعَالَمِينَ ، وَصَلَوَاتُهُ عَلَى خَيْرِ الْبَرِيَّةِ مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحَابَتِهِ أَجْمَعِينَ .

(١) في (ط) ، «مبنية»

(٢) أَمَا يُزْرِيهِ هُوَ مِنْ رَزَيْتُهُ عَلَيْهِ ، إِذَا انْكَرَتْ عَلَيْهِ أَوْ عَثَرَ عَلَيْهِ فِيهِ . وَأَمَّا يُزْرِي : هُوَ مِنْ أَرَزَيْتُهُ ،
إِذَا فَضَرْتُ بِهِ وَنَفَضْتُهُ بِظُرٍّ . «تصحیح النصیح وشرح» لابن دُرُوتَوَيْهِ [ص/ ١٧٢] وافتاح
العروس للزُّبَيْدِيِّ [٢١٦/٣٨ مادة رري]

كِتَابُ الْحُسْنَى

فصل

في بيانها

وزاد إذا كان للمولود فرح ودمع ، فهو حُسن ، فإن كان ينول من الذكر ، فهو غلام . وإن كان ينول من الصرح فهو أنثى ، لأن النبي ﷺ - سُئِلَ عَنْهُ كَيْفَ نَزَتْ - فَقَالَ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ - وَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِثْلُهُ .

كِتَابُ الْحُسْنَى

آخر كتاب الحُسنَى لوقوعه بادرًا ، لأن الأصل أن يكون لكل شخص ألة واحدة . إمَّا ألة الرُّحْلِ ، وإمَّا ألة الأُنثَى ، واجتماع الأثنين في شخص واحد في ذلك نادرة ، ولكن قد يقع ذلك ، فيحتاج [١/٢٣٨١/٨] إلى بيان حكمه ، فلاجل هذا نرى وأخره عن مسائل الكتب ، لندريه وقلة الاحتياج إلى بيانه .

فصل

في بيانها

أي: بيان الحُسنَى .

قوله (قال) وإذا كان للمولود فرح وذكر ، فهو حُسن ، فإن كان ينول من ذكر ، فهو غلام . وإن كان ينول من الصرح فهو أنثى ، أي: قال القُدوري رحمه الله . ونماؤه هي: «وإن كان يبول مهتمًا والبول يسبق من أحدهما نُسبت إلى الذكر ، وإن كانا في الشئ سواء ، فلا مُعْتَبَر بالكثرة عند أبي حنيفة ، وقال أبو عبد الله ومحمد يُنسب إلى أكثرهما بولاً» . إلى هنا لفظ القُدوري رحمه الله .

اعلم أن الله تعالى خلق ذكورا وإناثا ، كما قال تعالى: ﴿ خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَنَجَدٍ

وَلَا تَنْتَوِي مِنْ أَيِّ عَضِدٍ كَانَ فَيُؤَدِّ دَلَالَةً عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْعَضِدُ الْأَصْلِيُّ
نَصَحِيحٌ وَالْآخَرُ بِمُتَرَاتِبَةِ الْعَقَبِ.

وَعَوَّ مِنْهُ رُوحَهُ وَتَشَّ مِنْهُمَا رَحْمَةً لَا كَثِيرًا وَبَسَةً ﴿١٠٠﴾.

وقال تعالى: ﴿يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَّمَا يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الْمَذْكُورَ﴾ [شورى ٤٩]. ثُمَّ
يَتَّبِعُ حُكْمَهُ لِمَذْكُورٍ وَالْإِبَاطِ فِي كِتَابِهِ، وَلَهُ يُبَيِّنُ حُكْمَ شَحْصٍ لَهُ آلَةٌ ذَكَرَ، وَآلَةٌ أُتْنَى.
فَعَلِمَ أَنَّ الشَّحْصَ إِذَا كَانَ بِكَوْنٍ ذَكَرًا، وَإِنَّمَا أُتْنَى، وَلَا يَكُونُ الشَّحْصُ الْوَاحِدُ
ذَكَرًا وَأُتْنَى جَمِيعًا.

ثُمَّ قَدْ بَقِيَ لَاشْتَاءُ فِي أَنَّهُ ذَكَرٌ أَوْ أُتْنَى بِمَعَارِضَةِ الْاِثْنَيْنِ إِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى
إِلَى أَنْ تَتَرَخَّصَ إِحْدَاهُمَا بِمُتَرَخَّصٍ: نَحْوِ حُرُوجِ الْوَلَدِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ [٢٥٦٦] يَتَرَخَّصُ بَيْنَ
مُشْكِلا. وَفَدَّ بَقِيَ الْاِشْتَاءُ بَعْدَ آلَةِ التَّمْيِيزِ أَصْلًا: بِأَنْ يُؤَلَّدَ وَلَدٌ لَيْسَ لَهُ آلَةٌ الذَّكَرِ،
وَلَا أَنَّهُ الْأُتْنَى، وَهَذَا أَسْعَى وَخَبِيثُ الْاِشْتَاءِ؛ وَلِهَذَا بَدَأَ مُحَمَّدٌ كِتَابَ الْحُثْنِ بِهِ^(١).

وَرَوَى الشَّعْبِيُّ أَنَّهُ سَمِعَ عَنْ مُؤَلِّدٍ وَلَدَ لَيْسَ بِذَكَرٍ وَلَا أُتْنَى، وَلَيْسَ لَهُ مَا
لِلْاِثْنَيْنِ، وَلَيْسَ لَهُ مَا لِلذَّكَرِ يَخْرُجُ مِنْ سُرَّتِهِ كَهَيْئَةِ الْبُولِ الْعَلِيطِ، فَسُئِلَ عَنْ مِيرَاثِهِ،
فَقَالَ عَمِيرٌ: «أَنَّهُ يَصُفُّ خَطُّ الْأُتْنَى، وَيَصُفُّ خَطُّ الذَّكَرِ».

قَالَ مُحَمَّدٌ: «وَهَذَا عَدَنٌ وَالْحُثْنُ الْمُشْكِلا فِي أَمْرِهِ سَوَاءٌ»^(٢).

يُرِيدُ بِهِ: إِذَا مَا قِيلَ أَنَّ يُذَرِّكَ، فَيَبْشُرُ حَالَهُ بِبَيَاتِ اللَّحْيَةِ، أَوْ بِبَيَاتِ الذَّنْبِ.
وَالْأَصْلُ فِي اعْتِبَارِ الْمَبَالِ^(٣): مَا رَوَى مُحَمَّدٌ فِي أَوَّلِ

(١) بصر: «الأصل المعروف بالنسوة» [٩ ٢٣٥ طبعه وزارة الأوقاف القطرية]

(٢) أي: الشَّعْبِيُّ.

(٣) بصر: «الأصل المعروف بالنسوة» [٩ ٢٣٥ طبعه وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) المال: اسم مكان من دل بول. وسراد: موضع خروج البول من البدن بطن. «نوح العروس»

بترتيب [٢٨ ١٢٥ مادة بول] ومعجم لغة نقباء [ص ٣٩٩]

(وإن مال منهما فالحكم للنسق) لأن ذلك دلالة أخرى على أنه هو العضو
 «صلي» (وإن كانا هي النسق على الشواء فلا مفسر بالكثرة عند أبي حنيفة.

بـ الحنفى عن أبي يوسف، عن الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس
 عن رسول الله ﷺ أنه سئل عن مولود ولد في قوم، له ما للمرأة وما للرجل،
 كيف يورث؟ فقال: قال رسول الله ﷺ: «مِنْ خَيْثُ يَبُولُ»^(١). [وهكذا روي عن
 أبي «وخابر من ربي»]

وعن قتادة وعن سعيد بن المسيب: «أنه يورث من خيث يبول»^(٢)،
 ولأن ما يقع به الفصل بين الذكر والأنثى عند الولادة [الآلة] «في الآدمي»

بصر «الأصل» المعروف بالسوط «[٣٢١/٩] طبعة وزارة الأوقاف المصرية»

١٠ أخرجه ابن عدي في «الكامل» [٢٤٩/٣]، ومن طريقه البيهقي في «السر الكبرى» [٤٢٨/٦]،
 من طريق الكلبي عن أبي صالح، عن ابن عباس رضي الله عنهما، به نحوه.
 و«البيهقي» - عنه - «محمد بن السائب الكلبي لا يفتح به»
 وقال ابن الملق: «إسناده ضعيف».

وقال ابن حجر: «الكلبي هو محمد بن السائب متروك الحديث، بل كذاب»، ينظر «المعجم الصغير»
 لابن الملق [٤٨٣/٢] و«التلخيص الصغير» لابن حجر [٣٤٤/١].

١١ أخرجه البيهقي في «السر الكبرى» [٤٢٧/٦]، من طريق غفر الله له خيرا قال: سمعت ابن
 عباس وأصحابهم يذكرون أن عبداً رضي الله عنه سئل عن المولود لا يدرى أرجل أم امرأة، فقال عبدي
 رضي الله عنه: «يورث من خيث يبول»

١٢ أخرجه البيهقي في «السر الكبرى» [٤٢٧/٦]، من طريق هشام بن يحيى، عن قتادة
 قال: «سُئِلَ جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ مِنَ الْخُخَاجِ، فَأَزْتَلُوا إِلَيْهِ يَسْأَلُونَهُ عَنِ الْحُثِيِّ كَيْفَ يُوْرَثُ؟»
 فقال: «نَسْتَحْتَسِبُ وَنَسْتَحْتَسِبُ»، ثُمَّ قَالَ: «نَظَرُوا مِنْ خَيْثُ يَبُولُ، فَوَرَقَهُ بِنَةً»

١٣ أخرجه البيهقي في «السر الكبرى» [٤٢٧/٦]، عقب رواية جابر بن عبد الله رضي الله عنه. وفيه قال قتادة
 وذكر ذلك لسعيد بن المسيب قال: «لأن مال بينهما جميعاً» قلت: لا أدري فقال سعيد: «يورث
 من خيث يبول»

ما بين المعلقين زيادة من: «١»، «٢»، «٣»، «٤»، «٥»، «٦»، «٧»، «٨»، «٩»، «١٠»، «١١»، «١٢»، «١٣»، «١٤»، «١٥»، «١٦»، «١٧»، «١٨»، «١٩»، «٢٠»، «٢١»، «٢٢»، «٢٣»، «٢٤»، «٢٥»، «٢٦»، «٢٧»، «٢٨»، «٢٩»، «٣٠»، «٣١»، «٣٢»، «٣٣»، «٣٤»، «٣٥»، «٣٦»، «٣٧»، «٣٨»، «٣٩»، «٤٠»، «٤١»، «٤٢»، «٤٣»، «٤٤»، «٤٥»، «٤٦»، «٤٧»، «٤٨»، «٤٩»، «٥٠»، «٥١»، «٥٢»، «٥٣»، «٥٤»، «٥٥»، «٥٦»، «٥٧»، «٥٨»، «٥٩»، «٦٠»، «٦١»، «٦٢»، «٦٣»، «٦٤»، «٦٥»، «٦٦»، «٦٧»، «٦٨»، «٦٩»، «٧٠»، «٧١»، «٧٢»، «٧٣»، «٧٤»، «٧٥»، «٧٦»، «٧٧»، «٧٨»، «٧٩»، «٨٠»، «٨١»، «٨٢»، «٨٣»، «٨٤»، «٨٥»، «٨٦»، «٨٧»، «٨٨»، «٨٩»، «٩٠»، «٩١»، «٩٢»، «٩٣»، «٩٤»، «٩٥»، «٩٦»، «٩٧»، «٩٨»، «٩٩»، «١٠٠».

١٤ ما بين المعلقين زيادة من: «١»، «٢»، «٣»، «٤»، «٥»، «٦»، «٧»، «٨»، «٩»، «١٠»، «١١»، «١٢»، «١٣»، «١٤»، «١٥»، «١٦»، «١٧»، «١٨»، «١٩»، «٢٠»، «٢١»، «٢٢»، «٢٣»، «٢٤»، «٢٥»، «٢٦»، «٢٧»، «٢٨»، «٢٩»، «٣٠»، «٣١»، «٣٢»، «٣٣»، «٣٤»، «٣٥»، «٣٦»، «٣٧»، «٣٨»، «٣٩»، «٤٠»، «٤١»، «٤٢»، «٤٣»، «٤٤»، «٤٥»، «٤٦»، «٤٧»، «٤٨»، «٤٩»، «٥٠»، «٥١»، «٥٢»، «٥٣»، «٥٤»، «٥٥»، «٥٦»، «٥٧»، «٥٨»، «٥٩»، «٦٠»، «٦١»، «٦٢»، «٦٣»، «٦٤»، «٦٥»، «٦٦»، «٦٧»، «٦٨»، «٦٩»، «٧٠»، «٧١»، «٧٢»، «٧٣»، «٧٤»، «٧٥»، «٧٦»، «٧٧»، «٧٨»، «٧٩»، «٨٠»، «٨١»، «٨٢»، «٨٣»، «٨٤»، «٨٥»، «٨٦»، «٨٧»، «٨٨»، «٨٩»، «٩٠»، «٩١»، «٩٢»، «٩٣»، «٩٤»، «٩٥»، «٩٦»، «٩٧»، «٩٨»، «٩٩»، «١٠٠».

وَقَالَا: يُنسَبُ إِلَى أَكْثَرِهِمَا بُولًا لِأَنَّهُ عِلَامَةُ قُوَّةِ ذِيكَ انْعِصَابِ وَتَكُونُ غَضَبُ أَضْيَافًا، وَلِأَنَّ لِلْأَكْثَرِ حُكْمَ الْكُلِّ فِي أَصُولِ الشَّرْحِ فَسَرَّحَ بِتَكْثُرِهِ. وَنَهَ أَنْ تَكْثُرَ

وَفِي سَائِرِ الْحَيَوَانِ، وَعِنْدَ انْعِصَابِ الْوَلَدِ مِنَ الْأُمِّ مَفْعَةٌ تَدُلُّ لَأَنَّهُ ١٠٠٠. خُرُوجُ الْبَوْلِ مِنْهَا، وَمَا سَوَّى ذَلِكَ مِنَ الْمَدَامِ بِخُذْتُ مَعَهُ ذَنْتَ

فَعَلِمَ: أَنَّ الْمَفْعَةَ الْأَضْلَى لِدَلَاةٍ مَدْرًا، فَمِنْ بَيْنَهُمَا مَنْ يُغْتَرُّ ذَنْتَ. دَلَّةُ الْمَجْرَى الْأَضْلَى دُونَ غَيْرِهِ، فَإِذَا كَانَ مِنْهُمْ يُغْتَرُّ الشُّنُ، لِأَنَّ الشُّنَّ مِنْ نَسَبِ التَّرْجِيحِ، فَذَلِكَ الشُّنُّ عَلَى أَنَّهُ هُوَ الْمَجْرَى الْأَضْلَى. وَخُرُوجُهُ مَعَهُ ذَنْتَ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ انْصِرَافٌ عَنِ الْمَجْرَى لَعَلَّةٍ أَوْ عَارِضٍ، فَلَا يُنْتَفَتُ إِلَيْهِ.

وَلِأَنَّهُ كَمَا خَرَجَ مِنْ أَحَدِهِمَا حُكْمٌ بِاعْتِنَائِهِ فَبَعْدَ ذَنْتَ لَا يَتَغَيَّرُ ذَنْتَ الْحُكْمُ بِخُرُوجِهِ مِنَ الْمَوْضِعِ الْآخَرِ، كَرَجُلٍ أَقَامَ بَيْتَهُ عَلَى بَكَاحِ امْرَأَةٍ، وَقُضِيَ لَهُ بِهِ. ثُمَّ أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيْتَ لَا يُنْتَفَتُ إِلَى الْبَيْتِ الثَّانِيَةِ، وَكَذَا لَوْ ادَّعَى نَسَبَ مَوْلُودٍ، وَنَهَى الْبَيْتَ، وَقُضِيَ لَهُ بِهِ، ثُمَّ ادَّعَاهُ آخَرُ وَأَقَامَ الْبَيْتَ؛ لَا يُنْتَفَتُ إِلَى ذَلِكَ.

وَإِنْ كَانَ يَبُولُ مِنْهُمَا جَمِيعًا مَعًا: قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا عِلْمَ لِي بِذَلِكَ، وَقَدْ بُوَ يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٌ: يُورَثُ مِنَ أَكْثَرِهِمَا بُولًا. هَكَذَا ذَكَرَ الْحَاكِمُ وَالْفَقُّورِيُّ أَيْضًا.

وَقَالَ الطَّحَاوِيُّ فِي «مُخْتَصَرِهِ»: «وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا جَمِيعًا مَعًا فَهُوَ أَوْ يَوْسُفَ قَالَ: لَا عِلْمَ لِي بِهِ»^(١).

وَقَالَ أَبُو بَكْرِ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِهِ لِمُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ: «رُويَ عَنْ أَبِي يَوْسُفَ: أَنَّهُ مِنَ أَكْثَرِهِمَا بُولًا يَرِثُ».

ثُمَّ قَالَ أَبُو بَكْرِ الرَّازِيُّ: «وَذَكَرَ مُحَمَّدٌ فِي كِتَابِ الدَّعْوَى: أَنَّهُ إِذَا بَالَ مِنْهُمَا

(١) فِي الْأَصْلِ: «يَبُت».

(٢) يَنْظُرُ: «مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ» [ص/١٥٥].

يُخْرَجُ نَبْرٌ يَدُلُّ عَلَى الْقُوَّةِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لِاتِّسَاعٍ فِي أَحَدِهِمَا وَضَيْقٍ فِي
الْآخَرِ، وَإِنْ كَانَ يَخْرُجُ مِنْهُمَا عَلَى السَّوَاءِ فَهُوَ مُشْكِلٌ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ لَا مُرْجِعَ.

﴿عامة البوار﴾

جاءَ بِهِ لِأَوَّلِهِ مِ يَبُولُ مِنْهُ، وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ خِلَافًا، ثُمَّ قَالَ: فَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا جَمِيعًا
يَبُولُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا صَاحِبُهُ؛ فَضَيَّ بِهِ لِلْكَثَرِ فِي قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ، وَفِي
مِ يَبُولُ حَيِّفَةً: لَا حُكْمَ لِلْكَثَرِ، فَجَعَلَهُ مُشْكِلًا مَعَ كَثَرَةِ أَحَدِ الْبَوْلَيْنِ^(١). إِلَى هُنَا
عَنْ أَبِي بَكْرٍ الرَّازِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَجْهٌ اعْتِبَارِ الْكَثَرَةِ: لِأَنَّ الْكَثَرَةَ دَلِيلُ قُوَّةِ ذَلِكَ الْمَجْرَى، وَكَوْنُهُ عَصَوًا أَصْلِيًّا،
مَعْدِي أَنْ الَّذِي يَخْرُجُ مِنْهُ الْبَوْلُ أَكْثَرُ هُوَ الْمَبَالُ، وَالْحُكْمُ لِلْمَبَالِ.

وَأَمَّا حَيِّفَةُ لَمْ يَغْتَبِرْ كَثَرَةَ الْبَوْلِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقِلُّ وَيَكْثُرُ لِأَجْلِ ضَيْقِ الْمَخْرَجِ
بَعْضِهِ؛ لِأَنَّ مَخْرَجَ بَوْلِ النِّسَاءِ أَوْسَعُ [٥٦٦/٣] مِنْ مَخْرَجِ بَوْلِ الرِّجَالِ، فَلَمْ يَكُنْ
يَبْدُلُهُ عَلَى حَالِهِ فِي الذُّكُورَةِ وَالْأُنثَى.

وَقَالَ شَمْسُ الْأَنْمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي «شرح الكافي»: «إِنَّ أَبَا حَيِّفَةَ اسْتَقْبَحَ
بِجَمِيعِ الْكَثَرَةِ عَلَى مَا يُحْكِي عَنْهُ: أَنَّ أَبَا يَوْسُفَ لَمَّا قَالَ بَيْنَ يَدَيْهِ: يُورَثُ [مِنْ]»^(٢)
بِهِمَا بَوْلًا، قَالَ: يَا أَبَا يَوْسُفَ [٢/٥٣١٢/٨]، هَلْ رَأَيْتَ قَاضِيًا يَكِيلُ الْبَوْلَ
لِأَوَّلِي؟ فَقَدْ اسْتَبْعَدَ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْقُبْحِ، وَتَوَقَّفَ فِي الْجَوَابِ؛ لِأَنَّهُ لَا طَرِيقَ
خَيْرٍ مَرْجُوعٍ إِلَى الْمَعْقُولِ، وَلَمْ يَجِدْ فِيهِ نَصًّا فَتَوَقَّفَ، وَقَالَ: لَا أَدْرِي.

وَهَذَا مِنْ عِلَالِمَاتِ فَقْهِ الرَّجُلِ وَوَرَعِهِ أَلَّا يَتَخَبَّطَ فِي الْجَوَابِ، عَلَى مَا حُكِيَ:
«بِغَمَرٍ رَحِمَهُ اللَّهُ» سُئِلَ عَنْ مَسْأَلَةٍ فَقَالَ: لَا أَدْرِي. ثُمَّ قَالَ: «بَنَحْ بَنَحْ لَابِنْ عُمَرَ، سُئِلَ
مَنْ لَا يَدْرِي، فَقَالَ: لَا أَدْرِي»^(٣).

١. شرح مختصر الطحاوي «للخصائص» [١٤٩/٤].

٢. ما بين المعقوفين زيادة من: «ن»، «م»، «و»، «ه»، «و»، «ع»، «و»، «ر».

٣. «شرح البهقي في «السالكين»» [١٣٨/٤]، بحقه في بيان قصة.

قال، وإذا بلغ وخرجت له لحيّة، أو وصل إلى النساء؛ فهو رجُل وكذا إذا احتلم كما يحتلم الرجُل أو كان له ندي مُستوي، لأنّ هذه من علامات الذُكران.

(ولو ظهر له ندي كندي المرأة أو نزل له لبن في نديه أو خاض أو حبِل أو أمكن الوصول إليه من الفرج فهو امرأة) لأنّ هذه من علامات النساء (وإن

حَقَّ غلبة البوار)

وكذلك أبو يوسف ومحمد قالا: إذا استوتيا في المقدار؛ لا عِلْم لنا بذلك، ولم يُنقل عن أحدٍ بعدهم أنّه عِلِمَ ذلك ووقف فيه على دليل ليكون قول أبي حنيفة وأصحابه: لا عِلْم لنا به؛ مُوجِباً بقصاً فيهم^(١).

قوله: (قال: وإذا بلغ الخُتنى وخرجت له لحيّة، أو وصل إلى النساء؛ فهو رجُل)، أي: قال القُدوري في «مختصره»^(٢).

بمعنى: أن الإشكال إنّما يكون في حال صغر الخُتنى، فإذا بلغ؛ فلا بُدَّ من أن يظهر فيه إحدى العلامتين غالباً، إمّا علامة الرجُل، وإمّا علامة الأنثى، فإنّ جامع بذكّره، أو خرجت له لحيّة، أو احتلم كما يحتلم الرجُل؛ فهو رجُل، وقوله في ذلك مقبول؛ لأنّه أمرٌ في باطنه لا يعلمه غيره، وقول الإنسان مقبول فيما يُخبر عما في باطنه بما لا يعلم غيره.

وإن كان له نديان مثل ندي المرأة، أو رأى حيضاً كما ترى النساء، أو كان يُجامع كما تُجامع المرأة، أو ظهر به حبِل، أو نزل له لبن في نديه؛ فهو امرأة؛ لأنّ هذه علامات الفصل للبلوغ، وبها يختصُّ أحد الصنفين من الآخر^(٣)، وإن لم يظهر

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٠٤/٣٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/١٣٧].

(٣) وقع بالأصل: «بالآخر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ع»، و«ه»، و«و».

سَمِ يَطْهَرُ إِحْدَى هَذِهِ الْعَلَامَاتِ فَهُوَ حُنْتَى مُشْكِلٌ) وَكَذَا إِذَا تَعَارَضَتْ لَهُ هَذِهِ
الْعَلَامَةُ^(١).

شَافِيَةُ النَّبَارِ

بَعْدَ التَّلَوُّغِ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْعَلَامَاتِ ، أَوْ تَعَارَضَتْ الْعَلَامَاتُ ، بَأَن يُوْجَدَ مِنْهُ عِلَامَةٌ
لِرُخْلٍ ، وَعِلَامَةٌ الْمِرَاةِ جَمِيعًا ؛ فَهُوَ حُنْتَى مُشْكِلٌ ، وَحُكْمُهُ بَعْدَ هَذَا الْفَصْلِ .



(١) فِي الْأَصْلِ : «الْعَلَانِم» .

فصل في أحكامه

٢٠٩١ | الأصل في العُتْنِي المُشْكَل أن يؤخذ فيه ، لا خوط ولا وثق من
أشياء الدِّين ، وأن لا يخكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته
فإذا وقف حلف الإمام ، قام بين صف الرجال والنساء ، لا احتمال أنه
امرأة فلا يتحلل الرجال في لا يفقد صلاتهم ولا النساء لا احتمال أنه رجل
فنفذ صلاته

بسم الله الرحمن الرحيم

فصل في أحكامه

أي أحكام العُتْنِي المُشْكَل ، وهو الذي لم يظهر فيه أحد العلامات ، أو
تعارضت العلامات ، وبذلك الصمير الراجع إلى العُتْنِي ، لتعيب الذكر على
الأنثى ، لأن فيه جهة الذكورة وجهة الأنوثة ، ألا ترى أنه لو لم يكن حائه كذلك
لم يكن مُشْكَلًا ، ولأن الذكير هو الأصل ، لأن حواء خلقت من صلح آدم كذا
قالوا في تفسير قوله تعالى ﴿ حَذِّكُم مِّن نَّفْسِهِ ﴾ النساء ، ١

ثم الأصل في حكم العُتْنِي المُشْكَل أن يؤخذ فيه مالا حناط كما في
المسائل المذكورة بعد هذا ،

قوله (قال وإذا وقف حلف الإمام ، قام بين صف الرجال والنساء) أي قال القُدُّورِيُّ في «مختصره»

قال شمس الأنعة السرخسي في «شرح الكافي» «ويكون في الجماعة حلف

(فَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ فَأَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يُعِيدَ صَلَاتَهُ) لِإِحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ
(وَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَالِ فَصَلَاتُهُ تَامَّةٌ وَيُعِيدُ الَّذِي عَنْ يَمِينِهِ وَعَنْ بَسَارِهِ
وَالَّذِي خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ صَلَاتَهُمْ إِحْتِيَاظًا) لِإِحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ.

في غاية اليسر

صَفِّ الرِّجَالِ، أَمَامَ صَفِّ النِّسَاءِ؛ لِأَنَّ تَمَامَ الْإِحْتِيَاظِ فِيهِ، فَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا:
فَوَقَفَهُ فِي صَفِّ النِّسَاءِ يُفْسِدُ صَلَاتَهُ، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً: فَوَقُفُهَا فِي صَفِّ الرِّجَالِ
يُفْسِدُ صَلَاةَ مَنْ عَنْ يَمِينِهَا وَعَنْ بَسَارِهَا، وَمَنْ خَلْفَهَا مِنَ الرِّجَالِ [٥١٧/٣] بِحِذَائِهَا؛
لِأَنَّ الْمُرَافِقَةَ فِي هَذَا كَالْبَالِغَةِ اسْتِحْسَانًا، فَإِذَا وَقَفَتْ خَلْفَ صَفِّ الرِّجَالِ، أَمَامَ
صَفِّ (١) النِّسَاءِ؛ يَتَيَقَّنُ بِجَوَازِ صَلَاتِهَا وَصَلَاةِ جَمِيعِ الْقَوْمِ.

وَإِنْ وَقَفَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ؛ فَأَحَبُّ إِلَيَّ [أَنْ] (٢) يُعِيدَ الصَّلَاةَ - كَذَا قَالَ
مُحَمَّدٌ فِي «الْأَصْلِ» (٣) -؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ سَبَبَ وَجُوبِ الصَّلَاةِ عَلَيْهِ مَعْلُومٌ، وَالسَّقُوطُ
بِهَذَا الْأَدَاءِ مُشَكَّةٌ، وَالْأَخْذُ بِالْإِحْتِيَاظِ فِي بَابِ الْعِبَادَاتِ وَاجِبٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَلْزَمُهُ
الْإِعَادَةُ قَطْعًا؛ لِأَنَّ الْمُشَقِّقَ - وَهُوَ الْأَدَاءُ - مَعْلُومٌ، وَالْمُفْسِدَ - وَهُوَ مُخَاذَاةُ الْمَرْأَةِ
الرَّجُلَ فِي صَلَاةٍ مُشْتَرَكَةٍ - مَوْهُومٌ، فَلِلَّتَوْهُمِ أَحَبُّ لَهُ أَنْ يُعِيدَ الصَّلَاةَ (٤).

قَالَ (٥): «وَإِنْ قَامَ فِي صَفِّ الرِّجَالِ فَصَلَاتُهُ تَامَّةٌ؛ لِأَنَّا نَتَيَقَّنُ بِجَوَازِ صَلَاتِهِ
دَكْرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَيُعِيدُ الَّذِي عَنْ يَمِينِهِ وَعَنْ بَسَارِهِ وَالَّذِي خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ صَلَاتَهُمْ
عَلَى طَرِيقِ الْاسْتِحْسَانِ؛ لِأَنَّ مُخَاذَاةَ الْمَرْأَةِ الرَّجُلَ فِي حَقِّهِمْ مَوْهُومٌ، وَمَبْنَى
الْعِبَادَاتِ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ، فَيُسْتَحَبُّ لَهُمْ أَنْ يُعِيدُوا الصَّلَاةَ لِهَذَا» (٦).

(١) وَفَعَّ بِالْأَصْلِ: «أَقَامَ صَفًّا». وَالْمَبْنَى مِنْ: «ن»، «م»، «و» وَ«يَا»، «وَع»، «وَر».

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ: زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «و» وَ«يَا»، «وَع»، «وَر».

(٣) يَنْظُرُ «الْأَصْلُ/الْمَعْرُوفُ بِالْمَبْسُوطِ» [٣٢٤/٩] طَبِيعَةً. وَرَأَى الْأَوْفَافَ الْفَطْرِيَّةَ

(٤) يَنْظُرُ: «الْمَبْسُوطُ» لِلتَّرْخِيْبِيِّ [١٠٧/٣٠].

(٥) أَيُّ: التَّرْخِيْبِيُّ.

(٦) يَنْظُرُ: «الْمَبْسُوطُ» لِلتَّرْخِيْبِيِّ [١٠٧/٣٠].

وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ ؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ امْرَأَةٌ وَيَجْلُسُ فِي صَلَاتِهِ جُلُوسَ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا فَقَدْ تَرَكَ سُنَّةَ وَهُوَ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ ، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً فَقَدْ رَتَكَبَ مَكْرُوهًا لِأَنَّ السِّرَّ عَلَى السَّاءِ وَاجِبٌ مَا أَمَكَّنَ وَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ قِنَاعٍ أَمَرْتُهُ أَنْ يُعِيدَ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ ، وَهُوَ عَلَى الاستحسان ، وَإِنْ لَمْ يُعِدْ جَارَ .

غاية المسائل

قَوْلُهُ: (قَالَ) وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ . وَلَفْظُ (قَالَ) لَمْ يَقَعْ مَوْقِعَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَقُولُ بِلَفْظِ «قَالَ» إِذَا كَانَتْ لِمَسْأَلَةٍ مَذْكُورَةٍ فِي «الْبَدَايَةِ» مُسْتَدًا لِلْفِعْلِ : إِنَّمَا إِلَى مُحَمَّدٍ ، وَإِنَّمَا إِلَى الْقُدُورِيِّ . وَهَذِهِ لَمْ تُذَكَّرْ فِي «الْبَدَايَةِ» ، وَإِنَّمَا هِيَ مِنْ مَسَائِلِ «الْأَصْلِ» .

وَقَالَ فِي «الْأَصْلِ» : «وَأَنْ يُصَلِّيَ بِقِنَاعٍ أَحَبُّ إِلَيْنَا»^(١) ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى السِّرِّ ، وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا فَالْتَمَعُ لَا يَمْتَعُ جَوَازَ صَلَاتِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ أُنْثَى فَإِنَّهَا تُؤَمَّرُ بِالْتَمَعِ فِي صَلَاتِهَا إِنْ كَانَتْ مُرَاهِقَةً ، فَعِنْدَ لاشتباهِ يَتَرَجَّعُ هَذَا الْجَانِبُ . كَذَا فِي «شرح الكافي»^(٢) .

قَوْلُهُ: (وَيَجْلُسُ فِي صَلَاتِهِ جُلُوسَ الْمَرْأَةِ) ، وَهَذِهِ مِنْ مَسَائِلِ «الْأَصْلِ» ذَكَرَهَا عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ .

وَفَسَّرَ ذَلِكَ شَمْسُ الْأُثْمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي «شرح الكافي» بِقَوْلِهِ: «الْمَعْنَى: أَنْ يُخْرِجَ رِجْلَيْهِ مِنْ جَانِبٍ ، وَيُقْضِي بِأَلْيَتِهِ إِلَى الْأَرْضِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى السِّرِّ ، وَلِأَنَّ الرَّجُلَ لَا بَأْسَ بِأَنْ يَجْلِسَ كَذَلِكَ عِنْدَ الْعُذْرِ ، وَاشْتِبَاهُ الْحَالِ مِنْ أَيْسَرِ الْأَعْدَارِ»^(٣) .

قَوْلُهُ [٢/٥٣٤٣/٨] : (وَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ قِنَاعٍ أَمَرْتُهُ أَنْ يُعِيدَ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ . وَهُوَ عَلَى الْإِسْتِحْبَابِ ، وَإِنْ لَمْ يُعِدْ أَجْزَأَةٌ) ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ فسادَ الصَّلَاةِ بِلا قِنَاعٍ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٢٤/٩] طبعة. ورواية الأوقاف القطرية.

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٠٧/٣٠] .

(٣) ينظر: المصدر السابق .

وَتُبْنَاغُ لَهُ أُمَّةٌ تَخْنِيَتْهُ^(١) إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ؛ لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكِيهِ النَّظَرُ إِلَيْهِ رَجُلًا
كَانَ أَوْ امْرَأَةً. وَيُكْرَهُ أَنْ يَخْنِيَتْهُ رَجُلٌ لِأَنَّهُ عَسَاهُ أَنْثَى أَوْ تَخْنِيَتْهُ امْرَأَةٌ لِأَنَّهُ لَعَلَّهُ
رَجُلٌ فَكَانَ الْإِحْتِيَاظُ فِيمَا قُلْنَا.

❦ غَايَةُ الْبَيِّنَاتِ ❦

مُرُومٌ، فَلْيَلْتَوَهُمْ اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يُعِيدَ الصَّلَاةَ، كَمَا إِذَا وَقَفَ فِي صَفِّ النِّسَاءِ، وَإِنْ
لَمْ يُعِدْ أَجْزَأَهُ.

قَالَ بَعْضُهُمْ: فِي هَذِهِ الْمَقَامِ لَا يُتَصَوَّرُ بَقَاؤُهُ مُشْكِلًا بَعْدَ الْبُلُوغِ.
قُلْتُ: هَذَا كَلَامٌ بَلَا فِكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ إِذَا لَمْ تَطْهَرْ إِحْدَى الْعَلَامَاتِ أَوْ
تَعَارَضَتْ ؛ كَانَ مُشْكِلًا، وَبِهِ صَرَّحَ الْقُدُورِيُّ وَصَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» قُبَيْلَ هَذَا الْفَصْلِ.
قَوْلُهُ: (وَتُبْنَاغُ لَهُ أُمَّةٌ تَخْنِيَتْهُ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ)، وَهَذَا لَمَطُ الْقُدُورِيِّ فِي
«مُخْتَصَرِهِ»، وَتِمَامُهُ فِيهِ: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ابْتِغَاءَ لَهُ الْإِمَامُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِذَا
خَشِيَ بَاعَهَا. يَعْنِي: بِاعَهَا وَرَدَّ ثَمَنَهَا فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ»^(٢). وَبِهِ صَرَّحَ
الطَّحَاوِيُّ فِي «مُخْتَصَرِهِ»^(٣).

وَعَلَّلَ صَاحِبُ «الْهُدَايَةِ» فِي وَجْهِ ابْتِغَاءِ الْأُمَّةِ بِقَوْلِهِ: (لِأَنَّهُ يُبَاحُ لِمَمْلُوكِيهِ
النَّظَرُ إِلَيْهِ، رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً).

واعتراض بعضهم في شرحه وقال: «هذا صحيح في حقِّ الرَّجُلِ، ولكن هو
ناسد في حقِّ المرأة [٥٦٧/٣] ؛ لِأَنَّ الْأُمَّةَ لَا يُبَاحُ لَهَا النَّظَرُ إِلَى مَوَاضِعِ الْعَوْرَةِ مِنْ
سَبِيلِهَا».

يعني: أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا يَحِلُّ نَظَرُهَا إِلَى الْمَرْأَةِ إِلَّا إِلَى مَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْظُرَ

(١) فِي الْأَصْلِ: «بَحِيثٌ».

(٢) بَظَرُ «مُخْتَصَرِ الْقُدُورِيِّ» [ص/١٣٧].

(٣) بَظَرُ: «مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ» [ص/١٥٥].

وُبُكْرُهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الْحَرِيرِ وَالْحُلِيِّ،

﴿عَنْ أَبِي السَّيِّدِ﴾

قَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي «شرح الكافي»: «وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُونُسَ لَا يُعَالَمَانِ مُحَمَّدًا فِي هَذَا، وَلَكِنَّهُ خَصَّ قَوْلَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْفَظْ جَوَابَهُمَا، ثُمَّ مَالَ بَيْتَ الْمَالِ مُعَدًّا لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ، وَفِي ذَلِكَ مَصْلَحَةٌ وَلَا ضَرَرٌ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ بِهِ، فَكَانَ لِلْإِمَامِ أَنْ يُحْصَلَ ذَلِكَ بِمَالِ بَيْتِ الْمَالِ»^(١).

وَقَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الطَّحَاوِيُّ فِي «مُخْتَصَرِهِ»: «وَسَمِعْتُ ابْنَ أَبِي عِمْرَانَ يَقُولُ: الْفِئَاسُ عِنْدِي فِي الْحُتَيَّ إِذَا احتَاجَ إِلَى الْخِثَانِ أَنْ يُزَوِّجَهُ الْإِمَامُ امْرَأَةً، فَإِنْ كَانَ ذَكَرًا كَانَتْ زَوْجَتُهُ وَخَتَنَتُهُ، وَإِنْ كَانَ أَنْثَى كَانَ مَبَاحًا لَهَا ذَلِكَ»^(٢).

قَالَ أَبُو بَكْرِ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِهِ لـ «مُخْتَصَرِ الطَّحَاوِيِّ»: «مَا حَكَاهُ أَبُو جَعْفَرٍ عَنْ أَصْحَابِنَا هُوَ أَصَحُّ مِنْ ذَلِكَ - أَيُّ: أَصَحُّ مِمَّا ذَكَرَهُ ابْنُ أَبِي عِمْرَانَ - . قَالَ: لِأَنَّا إِذَا زَوَّجْنَاهُ كَانَ عَقْدُ النِّكَاحِ مَشْكُوكًا فِيهِ، فَإِنْ صَحَّ صَارَتْ الْمَرْأَةُ مُعَلِّقَةً لَا يُتَكَنُّهَا الْخَلَاصُ مِنْهُ، وَلَا يُتَيَقَّنُ أَيْضًا وَجُوبُ الْمَهْرِ بِالْعَقْدِ، وَلَا وَجُوبُ الْمِيرَاثِ إِنْ مَاتَ وَهُوَ مُشْكِلٌ، وَلَا يُدْرَى هَلْ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ أَمْ لَا.

وَإِذَا اشْتَرَى لَهُ جَارِيَةً، فَإِذَا خَتَنَتْهُ بِغَنَاهَا، وَبَقِيَ ثَمْنُهَا فِي مِلْكِهِ، وَإِنْ كَانَتْ شُرِبَتْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ بِغَنَاهَا أَيْضًا، وَرَدَدْنَا الثَّمَنَ فِي بَيْتِ الْمَالِ، فَتَكُونُ قَدْ قُضِيَ مَا يَجِبُ مِنْ سُنَّةِ الْخِثَانِ مِنْ غَيْرِ إِضْرَارٍ بِأَحَدٍ»^(٣).

قَوْلُهُ: (وَبُكْرُهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسُ الْحَرِيرِ وَالْحُلِيِّ). ذِكْرُهُ عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ، وَهِيَ مِنْ مَسَائِلِ «الْأَصْلِ».

قَالَ الْحَاكِمُ فِي «مُخْتَصَرِ الْكَافِي»: «وَأَكْرَهُ لَهُ فِي حَيَاتِهِ لُبْسَ الْحُلِيِّ وَالْحَرِيرِ؛

(١) ينظر المصدر السابق.

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٥٦].

(٣) ينظر «شرح مختصر الطحاوي» لـ [ص/١٥٢/٤].

وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرَّجَالِ أَوْ قُدَّامَ النِّسَاءِ

عبد الباق

وذلك لأنَّ السبيَّ ﷺ أخذ الذهبَ بيمينه، والحريرَ بشماله وقال: «هَذَا حَرَامَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي، جُلَّ عَلَى إِنَائِهَا»^(١).

فإنَّما أباح اللبسَ بشرطِ أُبوثة [٥٦٨/٣] اللابس، وهذا الشرطُ غيرُ معلومٍ في الخُنْثَى، ثُمَّ ما يتردَّدُ بينَ الحَظَرِ والإباحةِ يترجَّحُ معنَى الحَظَرِ فيه؛ لقوله ﷺ: «الْحَلَالُ بَيْنَ، وَالْحَرَامُ بَيْنَ، وَبَيْنَهُمَا أُمُورٌ مُشْتَبِهَاتٌ»^(٢). فدَع ما يَرِيكَ إلى ما لا يَرِيكَ، ونزك لُبْسِ الحريرِ: ما لا يَرِيَهُ، ولُبْسُهُ يَرِيَهُ.

بُوضُحُهُ: أَنَّ الاجْتِنَابَ عَنِ الْحَرَامِ فَرَضٌ، وَالْإِقْدَامُ عَلَى الْمَبَاحِ لَيْسَ بِفَرَضٍ، فَكَانَ الْإِحْتِيَاظُ فِي تَرْكِ لُبْسِ الْحَرِيرِ؛ لِثَلَا يَكُونَ مُوَافِقًا لِلْحَرَامِ إِنْ كَانَ رَجُلًا. كَذَا فِي «شرح الكافي».

قَوْلُهُ: (وَأَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ الرَّجَالِ أَوْ قُدَّامَ النِّسَاءِ)، ذَكَرَهَا عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ أَيْضًا.

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الكَافِي»: «وَأَكْرَهُ لَهُ أَنْ يَتَكَشَّفَ قُدَّامَ [٢٠٥٣٤٤/٨] الرِّجَالِ وَقُدَّامَ النِّسَاءِ، إِذَا كَانَ قَدْ رَافَقَ حَتَّى يَسْتَبِينَ امْرَأَةً؛ وَذَلِكَ لِتَوَهُُّمِ أَنْ يَكُونَ امْرَأَةً، وَالْمَرْأَةُ عَوْرَةٌ مُشْتَوَرَةٌ»^(١).

قَالَ شَمْسُ الْأَنْعَمِ السَّرْحَسِيُّ فِي «شرح الكافي»: «وهذه المسألة تدلُّ على أَنَّ نَظَرَ الْمَرْأَةِ إِلَى الْمَرْأَةِ، كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ، لَا كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَنَظَرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ؛ لَجَازَ لِلْخُنْثَى التَّكَشُّفُ بَيْنَ النِّسَاءِ،

(١) مضمّن تخريجہ.

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٨٩/٢].

(٣) مضمّن تخريجہ.

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٨٩/٢].

رَأَى يَخْلُو بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ مِنْ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ، وَأَنْ يُسَافِرَ مِنْ غَيْرِ مَحْرَمٍ مِنَ الرِّجَالِ

﴿عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ مَرْثَدَةَ﴾

رَأَى بَسَّ الْمَرَادُ مِنَ التَّكْشُفِ إِبْدَاءَ مَوْضِعِ الْعَوْرَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَجِلُّ لِغَيْرِ الْحُشَى
بَصًا، وَلَكِنَّ الْمَرَادَ أَنْ يَكُونَ فِي إِرَارٍ وَاحِدَةٍ^(١). وَفِي هَذَا الْفَصْلِ رَوَاتَانِ مَرَّ
بِأُثْمَا فِي كِتَابِ الْكِرَاهِيَةِ.

قَوْلُهُ: (وَأَنْ يَخْلُو بِهِ غَيْرُ مَحْرَمٍ مِنْ رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ). ذَكَرَهَا عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ

بِصَا

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الكَافِي»: «وَأَكْرَهُ أَنْ يَخْلُو بِهِ مَنْ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ لَهُ مِنْ
رَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ ﷺ: «أَلَا لَا يَخْلُونَ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ لَيْسَ مِنْهَا بِسَبِيلٍ؛
إِلَّا نَالَهُمَا الشَّيْطَانُ»^{(٢)(٣)}.

وَإِذَا خَلَا الْحُشَى بِرَجُلٍ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ، فَيَكُونُ هَذَا رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ،
إِذَا خَلَا بِامْرَأَةٍ؛ فَمِنْ الْجَائِزِ أَنَّهُ ذَكَرَ خَلَا بِأَجْنَبِيَّةٍ، وَالْمُرَافِقَةُ فِي الْمَنْعِ مِنْ هَذِهِ
مَحَلَّةٌ كَالْبَالِغَةِ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لَخَوْفِ الْفِتْنَةِ.

وَكَذَلِكَ يُكْرَهُ أَنْ تُسَافِرَ مَعَهُ امْرَأَةٌ مَحْرَمًا كَانَتْ أَوْ غَيْرَ مَحْرَمٍ؛ لِأَنَّ مِنَ الْجَائِزِ
أَلْحُشَى أَنْتَى، فَيَكُونُ هَذَا مُسَافَرَةً امْرَأَتَيْنِ بِغَيْرِ مَحْرَمٍ لِهَمَا، وَذَلِكَ حَرَامٌ، وَيُكْرَهُ
يُسَافِرُ الْحُشَى إِلَّا مَعَ مَحْرَمٍ مِنَ الرِّجَالِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْجَائِزِ أَنَّهُ

يَطْرُقُ «الْمَسُوطُ» لِلتَّرْحِيصِ [١٠٨/٣٠].

أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ فِي كِتَابِ الْعَمَلِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ/بَابُ مَا جَاءَ فِي لُزُومِ الْجَمَاعَةِ [٢١٦٥/١]،

وَأَحْمَدُ فِي «الْمُسَدِّ» [٢٦/١]، وَالطَّبَايِصُ فِي «مُسَدِّهِ» [٣١/١]، وَالْحَاكِمُ فِي «الْمُسْتَدْرَكِ عَلَى

صَحِيحَيْهِ» [١٩٧/١]، وَابْنُ حِبَّانَ فِي «صَحِيحِهِ» [٥٥٨٦/١]، مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

قَالَ التِّرْمِذِيُّ: «هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ غَرِيبٌ». وَقَالَ الْحَاكِمُ: «هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ

الْإِسْنَنِ». وَقَالَ ابْنُ كَثِيرٍ: «حَدِيثٌ مَشْهُورٌ حَبِيبٌ». يَطْرُقُ «إِرْشَادُ الْعَقِبَةِ إِلَى مَعْرِفَةِ أَدَلَةِ النَّسَبِ» لِابْنِ

كَثِيرٍ [١١٢/٣].

١٢ يَطْرُقُ «الكَافِي» لِلْحَاكِمِ الشَّهِيدِ [٥٨٩/ق].

تَوْفِيًّا عَنْ اخْتِمَالِ الْمُحَرَّمَ وَإِنْ أَحْرَمَ وَقَدْ رَاهَقَ ؛ قَالَ أَبُو يُوسُفَ : لَا عِلْمَ لِي فِي لِبَاسِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا يُكْرَهُ لَهُ لُبْسُ الْمَخِيطِ ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى يُكْرَهُ لَهُ تَرْكُهُ (وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يَلْبَسُ لِبَاسَ الْمَرْأَةِ) لِأَنَّ تَرْكَ لُبْسِ الْمَخِيطِ وَهُوَ امْرَأَةٌ أَفَحَشُ مِنْ لُبْسِهِ وَهُوَ رَجُلٌ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَلَعَّ .

❦ غَايَةُ الْبَيِّنَاتِ ❦

أُنْثَى . كَذَا فِي «شرح الكافي» (١) .

قَوْلُهُ : (وَإِنْ أَحْرَمَ وَقَدْ رَاهَقَ ؛ قَالَ أَبُو يُوسُفَ : لَا عِلْمَ لِي فِي لِبَاسِهِ) . وَقَدْ ذَكَرَهَا عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ ، وَهِيَ مِنْ مَسَائِلِ «الْأَصْلِ» .

وَعَلَّلَ شَمْسُ الْأَنْمَةِ السُّرْخَسِيُّ فِي «شرح الكافي» فَقَالَ : «لَأَنَّ الرَّجُلَ فِي إِحْرَامِهِ يَحْرُمُ [عليه]» (٢) لُبْسُ الْمَخِيطِ ، وَالْمَرْأَةُ فِي إِحْرَامِهَا يَلْبَسُ الْمَخِيطَ ، وَيَحْرُمُ عَلَيْهَا الْاِكْتِفَاءُ بِلُبْسِ الْإِزَارِ وَالرِّدَاءِ ، فَلَمَّا اسْتَوَى الْجَانِبَانِ لَا يُمَكِّنُ تَرْجِيحُ أَحَدِهِمَا بغير حُجَّةٍ ، فَتَوَقَّفَ فِيهِ ، وَقَالَ : لَا عِلْمَ لِي بِلِبَاسِهِ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : يَلْبَسُ لِبَاسَ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى السُّتْرِ وَمَبْنَى حَالِهِ عَلَى السُّتْرِ ، كَمَا فِي غيرِ حَالَةِ الْإِحْرَامِ .

وَلَأَنَّ لُبْسَ الْمَخِيطِ لِلرَّجُلِ فِي إِحْرَامِهِ جَائِزٌ عِنْدَ الْعُذْرِ ، وَاشْتِبَاهُ أَمْرِهِ مِنْ أَبْلَغِ الْأَعْدَارِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَلَعَّ ، وَكَفَارَةُ الْإِحْرَامِ بارتِكَابِ الْمَحْظُورِ لَا يَجِبُ عَلَى غيرِ الْبَالِغِ عِنْدَنَا» (٣) .

قُلْتُ : يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ عَلَيْهِ الدَّمُ ، إِذَا كَانَ الْإِشْكَالُ بَاقِيًا بَعْدَ الْبُلُوغِ عَلَى إِشَارَةِ هَذَا التَّعْلِيلِ ، كَمَا إِذَا تَعَارَضَتِ [٥٦٨/٣] الْعَلَامَاتُ [٢/٣٤٥/٨] ، أَوْ لَمْ يَظْهَرْ شَيْءٌ مِنْهَا أَصْلًا .

(١) ينظر : «المبسوط» للسُّرْخَسِيِّ [١٠٩/٣٠] .

(٢) ما بين المعقولتين : زيادة من : «٥٥» ، و«٥٦» ، و«٥٧» ، و«٥٨» ، وهو الموافق لِمَا وَتَعَّ فِي : «المبسوط» للسُّرْخَسِيِّ .

(٣) ينظر : «المبسوط» للسُّرْخَسِيِّ [١٠٦/٣٠] .

ومن خلف بطلاق أو عتاق: إن كان أول ولد تلديه غلاماً، فولدت
حنى، لم يقع شيء حتى يستبين أمر الحنثي لأن الحنث لا يثبت بالشك.
ولو قال: كل عبد لي حر، أو قال: كل أمة لي حرة، وله مملوك حنثي،
لم يعتق حتى يستبين أمره؛ لما قلنا.

وإن قال القولين جميعاً عتق للتيقن بإحدى الوصفين لأنه ليس بمهملي.

غاية البعد

قوله: (ومن خلف بطلاق أو عتاق: إن كان أول ولد تلديه غلاماً، فولدت
حنى، لم يقع شيء حتى يستبين أمر الحنثي). ذكرهما على سبيل التفريع أيضاً.
قال الحاكم الشهيد في «الكافي»: «ولو قال: إن كان أول ولد تلديه غلاماً،
فانت طالق، أو قال لأمتي: إن كان أول ولد تلديه جارية، فانت حرة، فولدت
مرأة أو أمة هذا الحنثي المشكك؛ لم يقع الطلاق ولا العتاق حتى يتبين أمره؛
وذلك لأن المعلق بالشرط لا يتزل ما لم يوجد الشرط حقيقة، ومع الإشكال لا
يتبين بوجوه الشرط، فهذا نظير ما لو قال: إن لم أدخل دار فلان فعبدته حر، ثم
مات ولم يعلم أدخل أو لم يدخل؛ لا يحكم بوقوع العتق لهذا المعنى، فكذلك
لهذا»^(١).

قوله: (ولو قال: كل عبد لي حر، أو قال: كل أمة لي حرة، وله مملوك
حنى، لم يعتق حتى يستبين أمره؛ لما قلنا)، أي: لأن الحنث لا يثبت بالشك.
قوله: (وإن قال القولين جميعاً عتق)، يعني: إذا قال: كل عبد لي حر، وكل
أمة لي حرة؛ يعتق المملوك الحنثي؛ لأنه إما أن يكون ذكراً في الواقع أو أنثى،
فإما ما كان يعتق بإحدى اليمينتين، وكذلك لو قال: إن ملكت عبداً فامرأته طالق،
فشترى حنثي لم تطلق، وكذلك لو قال: إن ملكت أمة، وإن قال القولين جميعاً؛

(١) بنظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٨٩/ق].

وَإِنْ قَالَ: الْخُثَيُّ أَنَا رَجُلٌ، أَوْ قَالَ: أَنَا امْرَأَةٌ؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُشْكِلًا؛ لِأَنَّهُ دَعَا يُخَالِفُ قَصِيَّةَ الدَّلِيلِ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِخَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ.

وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَبِينَ امْرَأَةً؛ لَمْ يُغْسَلْهُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ لِأَنَّ حُلَّ الْعُسْلِ

عَلَيْهِ السَّيِّئُ

طَلَّقَتْ بِشَرَاءِ الْخُثَيِّ لِلتَّيَقُّنِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ قَالَ: الْخُثَيُّ أَنَا رَجُلٌ، أَوْ قَالَ: أَنَا امْرَأَةٌ؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُشْكِلًا). ذَكَرَهَا عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ أَيْضًا.

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الكَافِي»: «وَإِنْ قَالَ الْخُثَيُّ: أَنَا رَجُلٌ، أَوْ قَالَ: أَنَا امْرَأَةٌ؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ قَدْ عُمِيَ أَنَّهُ مُشْكِلٌ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مُجَازِفٌ فِيمَا يُخْبِرُ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِنَّهُ لَا يَعْلَمُ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا مَا يَعْلَمُ غَيْرُهُ»^(١). كَذَا فِي «شَرْحِ الْكَافِي».

قَوْلُهُ: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْكِلًا يَنْبَغِي أَنْ يُقْبَلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِخَالِهِ مِنْ غَيْرِهِ).

وَفِي هَذَا التَّعْلِيلِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَكُونُ مُشْكِلًا إِذَا ظَهَرَتْ فِيهِ إِحْدَى الْعَلَامَاتِ، فَبَعْدَ ظَهْوَرِهَا يُحْكَمُ بِأَنَّهُ ذَكَرَ أَوْ أَنْتَى، فَلَا حَاجَةَ إِلَى قَوْلِهِ بَعْدَ ذَلِكَ.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَبِينَ امْرَأَةً؛ لَمْ يُغْسَلْهُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ). ذَكَرَهَا عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ أَيْضًا.

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الكَافِي»: «وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَبِينَ امْرَأَةً، وَقَدْ رَاهَقَ، لَمْ يُغْسَلْهُ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ، وَلَكِنَّهُ يَتِمُّ بِالصَّعِيدِ»^(٢).

وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ النَّظَرَ إِلَى الْعَوْرَةِ حَرَامٌ، وَبِالْمَوْتِ لَا تَنْكَشِفُ هَذِهِ

(١) ينظر: «الكَافِي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].

(٢) ينظر: «الكَافِي» للحاكم الشهيد [ق/٥٨٩].

عُرِّ نَابِتَ بَيْنَ الرَّجَالِ وَالنِّسَاءِ (فَيَتَوَقَّى لِاحْتِمَالِ الْخُرْمَةِ وَيَتِمُّمُ بِالصَّعِيدِ) لَعَدْرُ
تَغْسِلُ (وَلَا يَخْصُرُ إِنْ كَانَ [٢٠٠/١] مُرَاهِقًا غَسَلَ رَجُلٍ وَلَا امْرَأَةً) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ

﴿عَدْرٌ صَعِيدٌ﴾

الْخُرْمَةُ إِلَّا أَنْ نَظَرَ الْجَنَسِ إِلَى الْجَنَسِ أَخْفَ، فَلَاخِلِ الصَّرُورَةِ أُبَيِّحَ الطَّرَ لِلْحَنَسِ
مِنَ الْجَنَسِ عِنْدَ الْعُتْلِ، وَالْمُرَاهِقُ كَالْبَالِغِ فِي وَجُوبِ سِتْرِ عَوْرَتِهِ، فَلِذَا كَانَ مُشْكِلًا
لَا يُؤْخَذُ لَهُ جَنَسٌ، أَوْ لَا يُعْرَفُ جَنْسُهُ أَنَّهُ مِنْ جَنَسِ الرِّجَالِ أَوْ مِنْ جَنَسِ النِّسَاءِ،
فَتَعَدَّرَ غَسْلُهُ لَانْعِدَامِ مَنْ يَغْسِلُهُ، فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ تَعَدَّرَ غَسْلُهُ لَانْعِدَامِ مَا يُغْسَلُ بِهِ،
يَتِمُّمُ بِالصَّعِيدِ، وَهُوَ نَظِيرُ امْرَأَةٍ تَمُوتُ بَيْنَ الرِّجَالِ لَيْسَ مَعَهُمْ امْرَأَةٌ [٥٦٩/٢]؛ فَإِنَّهَا
يَتِمُّمُ بِالصَّعِيدِ.

ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُتِمُّمُ أَجْنَبِيًّا يَتِمُّهَا مَعَ الْخِرْقَةِ، وَإِنْ كَانَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهَا
يَتِمُّهَا بِغَيْرِ الْخِرْقَةِ، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ رَجُلٌ بَيْنَ نِسَاءٍ لَيْسَ مَعَهُنَّ رَجُلٌ؛ فَإِنَّ النِّسَاءَ
يَتِمُّنَّهُ بِالصَّعِيدِ مِنْ غَيْرِ خِرْقَةٍ إِنْ كُنَّ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، وَبِخِرْقَةٍ إِنْ كُنَّ أَجَانِبَ
مِنْهُ، فَهَذَا مِثْلُهُ.

فَإِنْ كَانَ [مَنْ يَتِمُّهُ] ^(١) مِنَ النِّسَاءِ يَتِمُّهُ بِغَيْرِ خِرْقَةٍ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ رَجُلًا
ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ أَجْنَبِيًّا عَنْهُ يَتِمُّهُ بِخِرْقَةٍ، وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْظُرَ إِلَى وَجْهِهِ،
وَيُعْرِضَ وَجْهَهُ عَنْ ذِرَاعَيْهِ؛ لِعَوَارِ أَنْ يَكُونَ امْرَأَةً، وَفِي هَذَا اخْتِطَاطٌ فِيمَا
بَيْنَ امْرَأَةٍ عَلَى الْإِحْتِطَاطِ، وَهُوَ الْمَسُّ وَالنَّظَرُ إِلَى الْمَرَأَةِ. كَذَا ذَكَرَ شَمْسُ الْأَنْعَمِ
[الشَّرْحِيُّ] ^(٢) فِي «شَرْحِ الْكَافِي» ^(٣).

وَلَا يُقَالُ: كَيْفَ لَا تُشْتَرَى لَهُ جَارِيَةٌ تَغْسِلُهُ، كَمَا تُشْتَرَى لَهُ جَارِيَةٌ خَتَانَةٌ؟
لَأَنَّا نَقُولُ: لَا فَائِدَةَ فِي شَرَاءِ الْجَارِيَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ؛

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُولَتَيْنِ: رِبَادَةٌ مِنْ: «ن» وَ«م»، وَ«ط» وَ«ع»، وَ«ر».

(٢) يَنْظُرُ: «الْمَبْرُوطُ» لِلشَّرْحِيِّ [١٠٥/٣٠].

ذَكَرَ أَوْ أَتَى وَإِنْ سَجَى قَبْرَهُ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ أَتَى يُقِيمُ وَاجِبًا، وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَالْتَسَجِيَةُ لَا تَضُرُّهُ.

فَإِذَا مَاتَ فَصَلَّى عَلَيْهِ وَعَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ؛ وَضَعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِي الْإِمَامَ، وَالْحُثْنَى خَلْفَهُ، وَالْمَرْأَةُ خَلْفَ الْحُثْنَى فَيُؤَخَّرُ عَنِ الرَّجُلِ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ وَيُقَدَّمُ عَلَى الْمَرْأَةِ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَجُلٌ.

وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُدْرٍ؛ جُعِلَ الْحُثْنَى خَلْفَ الرَّجُلِ

﴿ عَلَيْهِ السَّلَامُ ﴾

لَأَنَّ الْمَوْتَ يُتَاقَى الْمَالِكِيَّةُ، فَتَبْقَى الْجَارِيَةُ [الْمُشْتَرَاةُ] ^(١) أَجْنَبِيَّةً عَنْهُ، بِحُلَاكِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَاةِ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ؛ لِأَنَّهَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ، فَحَصَلَ الْفَرْقُ. قَوْلُهُ: (وَإِنْ سَجَى قَبْرَهُ فَهُوَ أَحَبُّ).

قَالَ الْحَاكِمُ الشَّهِيدُ فِي «الكَافِي»: وَإِنْ سَجَى قَبْرَهُ؛ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ فِيهِ نَوْعٌ احْتِيَاطٍ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ امْرَأَةٌ، وَمَبْنَى حَالِهَا عَلَى السُّرِّ، وَلَا بَأْسَ بِأَنَّهُ يُسَجَى قَبْرُ الرَّجُلِ عِنْدَ الْعُدْرِ، كَالْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْمَطَرِ، وَاشْتِبَاهُ حَالِهِ فِي الْعُدْرِ أَمَّا مِنْ ذَلِكَ ^(٢). كَذَا فِي «شرح الكافي» ^(٣).

قَوْلُهُ: (وَإِذَا مَاتَ فَصَلَّى عَلَيْهِ وَعَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ؛ وَضَعَ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِي الْإِمَامَ، وَالْحُثْنَى خَلْفَهُ، وَالْمَرْأَةُ خَلْفَ الْحُثْنَى). ذَكَرَهَا تَفْرِيْعًا [٢/٣٤٦/٨] أَيْضًا، وَإِنَّمَا يُفَعَّلُ كَذَلِكَ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الْحَيَاةِ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ فِي الصَّلَاةِ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، فَكَذَلِكَ فِي الْمَمَاتِ.

قَوْلُهُ: (وَلَوْ دُفِنَ مَعَ رَجُلٍ فِي قَبْرِ وَاحِدٍ مِنْ عُدْرٍ؛ جُعِلَ الْحُثْنَى خَلْفَ الرَّجُلِ).

(١) ما بين المعقوفتين، زيادة من «ن»، و«م»، و«٢٢»، و«ع»، و«د».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [٥٨٩/ق].

(٣) يطرأ: «المبسوط» للشيخ أبي [١٠٥/٣٠].

لِإِحْتِمَالِ أَنَّهُ امْرَأَةٌ وَيُجْعَلُ بَيْنَهُمَا حَاجِزٌ مِنْ صَعِيدٍ، وَإِنْ كَانَ مَعَ امْرَأَةٍ قُدِّمَ

عَنْ عَبْدِ الْبَقَرِ

ذِكْرُهَا تَفْرِيعًا أَيْضًا.

قَالَ شَمْسُ الْأَنْمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي «شرح الكافي»: «فَإِنْ دُفِنُوا فِي قَبْرِ وَاحِدٍ مِنْ غَيْرِ؛ فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ يَوْمَ أُحُدٍ أَنْ يُدْفَنَ جَمَاعَةٌ مِنَ الشَّهَدَاءِ فِي قَبْرِ وَاحِدٍ، وَأَنْ يُجْعَلَ بَيْنَ كُلِّ مَيِّتَيْنِ حَاجِزٌ مِنَ التُّرَابِ، فَيُفْعَلُ كَذَلِكَ هُنَا، يُوَضَّعُ الرَّجُلُ مِمَّا يَلِي الْقَبِيلَةَ، ثُمَّ خَلْفُهُ الْحُتِيُّ، ثُمَّ خَلْفُهُ الْمَرَأَةُ؛ لِأَنَّ جِهَةَ الْقَبِيلَةِ شَرْفٌ، فَيَكُونُ الرَّجُلُ بِالتَّقْرِيبِ مِنْهُ أَحَقَّ، أَلَا تَرَى أَنَّ فِي حَدِيثِ أُحُدٍ رُويَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «أَمَرَ بِتَقْدِيمِ أَكْثَرِهِمْ أَخْذَاً لِلْقُرْآنِ إِلَى جَانِبِ الْقَبِيلَةِ»^(١). وَيُجْعَلُ بَيْنَ كُلِّ مَيِّتَيْنِ حَاجِزٌ مِنَ الصَّعِيدِ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ فِي حُكْمِ قَبْرَيْنِ»^(٢).

قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ فِي كِتَابِ «الدَّرَرِ»: «عَبْدُ اللَّهِ بْنُ جَحْشٍ بْنُ رَبَّابٍ الْأَسَدِيُّ، وَهُوَ ابْنُ عَمَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، دُفِنَ مَعَ حَمْرَةٍ فِي قَبْرِ وَاحِدٍ، وَخَارِجَةُ بْنُ زَيْدٍ ابْنُ أَبِي زُهَيْرٍ، وَسَعْدُ^(٣) بْنُ الرَّبِيعِ بْنِ عَمْرِو بْنِ أَبِي زُهَيْرٍ دُفِنَا فِي قَبْرِ وَاحِدٍ، وَدُفِنَ النُّعْمَانُ بْنُ مَالِكٍ بْنُ ثَعْلَبَةَ وَالْمُجَدَّرُ بْنُ ذِيَادٍ^(٤) الْبَلَوِيُّ.....

(١) أخرجه أبو داود في كتاب الجنائز/باب في تعميق القبر [رقم/٣٢١٥]، والترمذي في كتاب الجهاد عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في دفن الشهداء [رقم/١٧١٣]، والنسائي في كتاب الجنائز/باب ما يستحب من توسيع القبر [رقم/٢٠١١]، وأحمد في «المسند» [١٩/٤]، من حديث هشام بن عمار رضي الله عنه به نحوه ولفظ أبي داود. «قَالَ: جَاءَتِ الْأَنْصَارُ ﷺ يَوْمَ أُحُدٍ، فَقَالُوا: أَصَابَنَا قَرْحٌ وَجَهْدٌ، فَكَيْفَ تَأْمُرُنَا، قَالَ اخْفَرُوا وَأَوْسِعُوا، وَاجْعَلُوا الرَّجُلَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ فِي الْقَبْرِ. قِيلَ: فَأَيُّهُمْ يُقَدَّمُ؟ قَالَ: أَكْثَرُهُمْ قُرْآنًا». قَالَ الترمذي «هذا حديث حسن صحيح». وقال ابن الملقن: «هذا الحديث صحيح». ينظر: «البدور النيرة» لابن الملقن [٢٩٥/٥].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٠٧/٣٠].

(٣) وقع بالأصل: «سعيد». والمثبت من: «م»، و«ها»، وهو الموافق لِمَا وَقَعَ فِي: «الدَّرَرِ فِي اخْتِصَارِ الْمُعَاذِي وَالسَّيْرِ».

(٤) وقع بالأصل: «والمجدد بن زياد». والمثبت من: «الدَّرَرِ فِي اخْتِصَارِ الْمُعَاذِي وَالسَّيْرِ».

الْحُثِّي لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ رَحُلٌ وَإِنْ جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعَشُ الْمَرْأَةِ؛ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ،
لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ عَوْرَةٌ، [وَيُكْفَرُ] كَمَا تُكْفَرُ الْحَارِيَّةُ، وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ يَعْنِي يُكْفَرُ

﴿ علمه البار ﴾

وَعِبَادَةُ بْنُ الْحَسَّاسِ^(١) فِي قَبْرِ وَاحِدٍ، وَدُفِنَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو بْنِ حَرَامٍ وَعَمْرُو بْنُ
الْجَمُوحِ بْنِ زَيْدِ بْنِ حَرَامٍ^(٢) فِي قَبْرِ وَاحِدٍ، وَكَانَا صَهْرَيْنِ وَصَدِيقَيْنِ مُتَوَاحِشَيْنِ^(٣)
انتهى.

قَوْلُهُ: (وَإِنْ جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعَشُ الْمَرْأَةِ؛ فَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ)، وَهِيَ مِنْ مَائِلِ
«الْأَصْلِ». ذَكَرَهَا عَلَى سَبِيلِ التَّفْرِيعِ^(٤).

قَالَ فِي «شرح الكافي»: «وَإِنْ جُعِلَ عَلَى السَّرِيرِ نَعَشُ الْمَرْأَةِ فَهُوَ جَائِزٌ؛ لِأَنَّهُ
أَقْرَبُ إِلَى الشَّيْرِ، وَالشَّيْرُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ عِنْدَ اشْتِبَاطِ الْأَمْرِ»^(٥).

وَالنَّعَشُ: شِبُّ الْمِحْمَةِ مُسَبَّكٌ، يُطَبَّقُ عَلَى الْمَرْأَةِ إِذَا وُضِعَتْ عَلَى الْجِنَارَةِ،
وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ الْجَمَائِزِ.

قَوْلُهُ: (وَيُكْفَرُ كَمَا تُكْفَرُ الْحَارِيَّةُ، وَهُوَ أَحَبُّ إِلَيَّ). وَهَذَا ذِكْرٌ عَلَى سَبِيلِ
التَّفْرِيعِ أَيْضًا؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الشَّيْرِ، وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ فِي كَفْرِ الرَّجُلِ [٥٦٩/٣] ^ط
عِنْدَ الْحَاجَةِ جَائِزَةٌ، وَاشْتِبَاطُ أَمْرِهِ مِنْ أَقْوَى أَسْبَابِ الْعُذْرِ؛ فَلِهَذَا لَا يُكْفَرُ كَمَا تُكْفَرُ

= وَالْمُعَذَّرُ: كَمُعْظَمٍ: لَقَّبَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ قِيَادِ بْنِ أَبِي رَيْدَانَ كِتَابًا، وَيُقَالُ: ابْنُ دِيَادٍ، كَكُنَانٍ،

وَالْأَوَّلُ أَكْثَرُ. يَنْظُرُ: تَلَاغِ الْعُرُوسِ لِلرَّبِيدِيِّ [٧٧/٨] مَادَّةُ: ذُوْدَ. وَ[٣٩١/١٠] مَادَّةُ: جَدْرُ

(١) فِي: «الدَّرَرِ فِي احْتِصَارِ الْمُعَارِي وَالشَّيْرِ» «ابْنُ الْحَشَّاشِ». وَكِلَاهُمَا صَحِيحٌ يَنْظُرُ: «الْمَوْثِقُ
وَالْمُحْتَفَقُ» لِلدَّارِقُطِيِّ [٩١٨/٢]. «وَالِاسْتِعَابُ» لِابْنِ عَبْدِ الْبَرِّ [٢١٤/١].

(٢) رَفَعَ بِالْأَصْلِ فِي الْمَوْصُفِيِّ «حَرَامٌ» وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «هُوَ» وَهُوَ الْمَوَاقِفُ لَمَّا وَقَعَ فِي: «الدَّرَرِ فِي
احْتِصَارِ الْمُعَارِي وَالشَّيْرِ».

(٣) يَنْظُرُ «الدَّرَرِ فِي احْتِصَارِ الْمُعَارِي وَالشَّيْرِ» لِابْنِ عَبْدِ الْبَرِّ [ص/١٥٥، ١٥٦].

(٤) رَفَعَ بِالْأَصْلِ «سَبِيلُ التَّفْرِيعِ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، وَ«م»، وَ«ط»، وَ«ع»، وَ«و»

(٥) يَنْظُرُ: «الْمَبْسُوطُ» لِلشَّرْحِيِّ [١٠٧/٣٠].

في خفي أثواب لآته إذا كان أنتى فقد أقيمت سنة، وإن كان ذكراً فقد رادوا
على الثلاث فلا بأس بذلك.

﴿عدة النساء﴾

بحارية. كذا قال في «شرح الكافي»^(١).

ثم إن هنا [١٠٨/٣١٨] مسائل ذُكرت في «شرح الكافي» تذكُّرها في هذا الموضع؛
كثيراً للعائدة:

وهي أن الحثني إذا مات يدخل قبره ذو رجم محرم منه؛ لاحتمال أنه أنتى،
ولا بعنه غير المحرم، وإن قبله رجل بشهوة لم يتزوج أمه حتى يتبين أمره؛ لأنه
إذا كان أنتى فتقبله بعدما رافق يثبت حرمة المصاهرة، فتكون أمه حراماً عليه من
هذا الوجه، وتزك نكاح امرأة تحل له أولى من نكاح امرأة هي مُحَرَّمَةٌ عليه.

قال^(٢): «وإن زوجة أبوه رجلاً أو امرأة؛ فلا علم لي بنكاحه، وهو موقوف
إلى أن يتلغ؛ لأن الذكر يدخل في النكاح دخول المالكين، والأنثى تصير مملوكة
النكاح، ولا يمكن إثبات واحد من الوصفين في حق من غير دليل، ولا وجه
إبطال نكاح الولي في حال قيام ولايته؛ ما لم يعلم أنه لم يصادف محله، فيكون
موقفاً إلى أن يتلغ».

إن ظهرت فيه علامة الرجال - وقد زوجة أبوه امرأة - حكم بصحة النكاح
من حيز عقدة الأب؛ لأنه تبين أن تصرفه صادف محله، وإن لم يصل إليها أجل
كما يؤجل العيين، وإن كان زوجة أبوه من رجل، ثم ظهر [به]^(٣) علامة الرجال؛
فدُتِّبَ أن هذا التصرف لم يصادف محله، فكان باطلاً^(٤).

(١) يظر: «المبسوط» للشيخ [١٠٥/٣٠].

(٢) أي: الشيخ.

(٣) ما بين المعطوفتين. زيادة من: ١٠٥، و١٠٦، و١٠٧، و١٠٨، و١٠٩، وهو الموافق لنا وقع
في: «المبسوط» للشيخ.

(٤) يظر: «المبسوط» للشيخ [١٠٦/٣٠].

في حجية القذف

قَالَ: «وإن قذف رجلاً بعدما بلغ قبل أن يستبين أمره، أو سرق أو سرق منه، أقسم الحد؛ لأنه صار بالبلوغ مخاطباً، وخذ القذف والسرق لا يختلفان بالذكرى والأثوية، واشتباه حاله لا يمنع تحقق قذبه موجباً للحد عليه، ولا تحقق سرقته، والسرقه منه موجبة للقطع»^(١).

قَالَ: «وإن قذف رجل فلا حد على قاذفه، بمنزلة المجبوب والرتقاء إذا قذفهما رجل؛ وهذا لأن القاذف يستوجب الحد بنسبة الرجل إلى فعله مباشرة، ونسبة المرأة إلى التمكين من فعله مباشرة غيرها، ومع اشتباه أمره لا يتقرر السبب، ولا يدرى أن قاذفه إلى أي فعل نسبته، فإن كان نسبه إلى مباشرة الفعل - وهو امرأة - كان قد نسبته إلى محال، فيكون بمنزلة قاذف الرتقاء والمجبوب، وإن كان قد نسبته إلى التمكين وهو رجل نسبته إلى ما هو قاصر في حقه غير موجب للحد عليه، وعند اشتباه الأمر لا يمكن إقامة الحد على القاذف»^(٢).

قَالَ: «وإذا قطع رجل يده أو امرأة قبل أن يستبين أمره؛ فلا قصاص على القاطع؛ لأن حكم القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكرى والأثوية [١٠٧/٨]، ولا يجري القصاص بين الرجل والنساء في الأطراف، فإن كان القاطع رجلاً لم يجب القصاص إذا كان هو امرأة».

وإن كان القاطع امرأة: لم يجب القصاص إذا كان هو رجلاً، فعند الاشتباه يتمكن فيه الشبهة، والقصاص عقوبة تندري بالشبهات، وبه فارق القصاص في النفس، فإنه لا يختلف بالذكرى والأثوية، سواء قتله رجل أو امرأة؛ كان عليه القصاص [١٠٧/٢]؛ لثبوت بوجوبه وتقرر سببه. ولو قطع هذا الخنثى يد رجل أو

(١) ينظر: المصدر السابق [١٠٧/٣٠-١٠٨].

(٢) ينظر: المصدر السابق [١٠٨/٣٠].

 كتاب الحنفى

امراؤ، أو قتله؛ لم يكن عليه فصاص، ولكن الدية على عاقبته؛ لأنه صغير لم يبلغ، فمعه وحطوة سواء^(١).

قال: «وإن أخذ الحنفي أسيراً من الكفار، أو ارتد بعد الإسلام؛ لم يقتل؛ لأن القتل عقوبة تدرى بالشبهات، فإما أن يكون هذا في حال الصغير^(٢)، والصغير لا يستوجب العقوبة، أو بعد البلوغ، فيتوهم كونه أثنى، وإن كان الحنفي من أهل الذمة لم يوضع عليه خراج رأس لهذين المعنيين، وكذلك لا يدخل الحنفي في القسامة للصغير، أو لتوهم الأنوثة^(٣)».

قال: «وإن زوجه أبوه قبل أن يتلغ رجلاً، أو زوجته امرأة؛ فإن ذلك موقوف (نجير، ولا تبطله، ولا يتوارثان حتى يستبين أمره، وإنما لا تبطله؛ لأن العاقدة ربي، ولا نجيرة؛ لأننا لا نعلم بمصادفة هذا العقد محله، ولا يتوارثان؛ لأن التورث من حكم انتهاء النكاح الصحيح بالموت».

وإن قتل خطأ قبل أن يستبين أمره؛ فعلى قول الشافعي: على القاتل نصف دية المرأة، ونصف دية الرجل باعتبار الأحوال، وعندنا: القول فيه قول القاتل، وعلى نزلاء القتل البينة؛ لأن القاتل منكّر للزيادة، فكان القول قوله مع يمينه، وعلى مذهبي الزيادة إثباتها بالبينة^(٤).

قال: «رجل مات وترك ابناً، وامراً، وولداً حنفي من هذه المرأة، فعات

(١) يظر المصدر السابق.

(٢) وقع بالأصل: «الصغير». والمثبت من «ن»، و«م»، و«أ»، و«ع»، و«ر». وهو الموافق لما

وقع في: «المسوط» للشرحبي.

(٣) يظر «المسوط» للشرحبي [١٠٩/٣٠]

(٤) يظر المصدر السابق، [١١٠/٣٠].

على البيه

الحنفى بعد أبيه، فأدعت أمه أنه كان غلاماً يبول من حيث يبول الغلام، وأدعى الابن أنه كان يبول من حيث نبول الجارية؛ فالقول قول الأم؛ لأنها تدعى الريادة في ميراثها منه، والابن مُكَيَّرٌ للزيادة؛ فالقول قوله مع يمينه على علمه؛ لأنه يُسْتَحْلَفُ على فعل الغير، والتبينة بينة الأم، سواء قامت هي وحدها، أو أضافاً جميعاً البينة؛ لأنها تُثَبِّتُ الزيادة في حقها، والابن يَنْفِي ببينته تلك الزيادة.

ولو أقامت الأم [٢/٣٢٧/٨] بينة على ذلك، وأقام رجل البينة أن الميت زوجه على ألف درهم، وأنها كانت تبول من حيث تبول النساء، وطلب ميراثه منها؛ فالبينة بينة الزوج؛ لأن في بيئته زيادة إثبات، فإنه يثبت صحة النكاح والميراث لنفسه، فكانت بينته أولى بالقبول، ثم للأم نصيبها من الصداق وغيره.

ولا يقال: هي تُنَكِّرُ وجوب الصداق، فكيف تأخذ نصيبها منه؟ لأنها صارت مُكْذِّبَةً فيما زعمت في الحكم، وزعم الزاعم يُسْقِطُ اعتباره إذا جرى الحكم بخلافه، وكذلك إن أقام كل واحد منهما البينة أنه كان يبول من المبال الذي ادَّعاه، ولم يكن يبول من المبال الآخر؛ لأن قوله: «وَلَمْ يَكُنْ يَبُولُ» نفى، والشهادة بلفظ النفي لا تكون مقبولة، فوجود هذه الزيادة كعدمها.

ولو أقامت المرأة البينة [أن أباه زوجها إياه في حال حياته، وأمهرها عنه ألف درهم، وأنه كان غلاماً يبول من حيث يبول الغلام خاصة، وأقامت الأم البينة] (١) أنه كان يبول من حيث نبول الجارية؛ فالبينة بينة المرأة؛ لما فيها من إثبات الزيادة،

(١) وقع بالأصل: «أقامت» والمثبت من: «٢٨»، و«٣٥»، و«٢٢»، و«ع»، و«ر». وهو الموافق لما وقع في: «المبسوط» للشيخ.

(٢) ما بين المعطولين زيادة من: «٢٨»، و«٣٥»، و«٢٢»، و«ع»، و«ر». وهو الموافق لما وقع في: «المبسوط» للشيخ.

﴿عامة الميراث﴾

وهو أصل النكاح والمهر والميراث

ولو أقامت هذه المرأة البيعة على ما وصفت، وأقدم الرجل البيعة على ما وصفا
في لمسألة الأولى؛ فالبيعة بيعة [٥٨٧/٣] المرأة؛ لأن البيعتين تعارضتا في إثبات
النكاح والميراث، وفي بيعة المرأة زيادة، وهو إثبات الصداق، فيترجح بذلك.

وإن وقفت البيعتان وقتين؛ فالوقت الأول أولى؛ لأن صاحب الوقت الأول
يثبت عقده وحده في الحنثي في وقت لا يبايعه غيره فيه، وبعدما ثبت ذلك في
الوقت الذي استند إليه نصير البيعة الثانية محالاً، وإن كان الحنثي حياً أبطلت ذلك
كله، ولم أقصر بشيء منه؛ لأن في حال حياته المقصود هو الحل، وقد تعارضت
البيعتان فيه وانتفتا؛ لاستحالة أن يكون الشخص الواحد زوجاً وزوجة، بخلاف ما
بعد موته، فالحقد قد ارتفع هناك على أي وجه كان، وإنما المقصود المهر
والميراث، فصرنا إلى الترجيح بإثبات الزيادة.

وهو نظير أختين ادعتا نكاح رجل بعد موته، وأقامت كل واحدة منهما البيعة؛
فصير لهما بالميراث منه، ولو كان الرجل [٥٨٨/٣] حياً لكان يتطل البيعتان إذا لم
يؤفقا، وكذلك لو ادعى رجلان نكاح امرأة؛ فهو على هذا في الفرق بينهما بعد
الموت وقبله^(١).

قال: «ولو أقام رجل البيعة أن أباه زوجها إياه بألف درهم برضاها، وأنها
ولدت منه هذا الولد، وأقامت امرأة البيعة أن أباه زوجها إياه برضاها، وأنه دخل
بها فولدت هذا الغلام منه؛ أبطلت ذلك كله؛ لأن في كل واحدة من البيعتين إثبات
النكاح والنسب والميراث، فاستوتتا، والجمع بينهما محال، فإذا لم أعرف الحق

^(١) بطر: «المبوط» للشيخ [١١٠/٣٠ - ١١٢].

ولو مات أبوه وخلف ابنا، فالمال بينهما عند أبي حنيفة: اثلاثا للابن
سهمان، وللخنثى سهم، وهو أثني عنده في الميراث، إلا أن يتبين غير ذلك.
وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى، وهو قول الشعبي
واختلفا في قياس قوله. قال محمد: المال بينهما على اثني عشر سهمًا، للابن
سبعة، وللخنثى خمسة. وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة، للابن
أربعة، وللخنثى ثلاثة، لأن الإبن يستحق كل الميراث عند الإفراد والخنثى

في نهاية الباب

منهما، أبطلت ذلك كله.

ولو قامت إحدى البنتين، وقضى القاضي بها، ثم جاءت الأخرى، لم
يُلْتَمِزَ إليها، لأننا نتيقن بكذب إحدى الفريقين، فمن ضرورة القضاء بصديق الفريق
الأول: الحكم بكذب الفريق الثاني^(١).

قال: «وهذا الجواب إنما يكون في حال حياة الخنثى، فأما بعد موته: فقد
بيننا أن بينة المرأة أولى؛ لما في بينتها من إثبات الزيادة، وهو المهر»^(٢).

قوله: (ولو مات أبوه وخلف ابنا، فالمال بينهما عند أبي حنيفة: للاثني
سهمان، وللخنثى سهم، وهو أثني عنده في الميراث، إلا أن يتبين غير ذلك،
وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى، وهو قول الشعبي.
واختلفا في قياس قوله. قال محمد: المال بينهما على اثني عشر سهمًا، للابن
سبعة، وللخنثى خمسة. وقال أبو يوسف: المال بينهما على سبعة، للابن
أربعة، وللخنثى ثلاثة)، وهذا كله لفظ القُدوري في «مختصره»^(٣)، إلا أن
القُدوري قدّم أنا يوسف على محمد في الذكر كما هو الأصل، وصاحبه «الهداية»

(١) ينظر: المصدر السابق [١١٢/٣٠].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «مختصر القُدوري» [ص/١٣٧].

ثلاثة الأرباع، فعند الاحتمال^(١) يُقسَّم بينهما على قدر حقيتهما هذا يضرب ثلاثة وذلك بضرب بأربعة فيكون سبعة. ولمحمد أن الحنفى لو كان ذكراً

﴿عامة الناس﴾

عكس ذلك، وكأنه احتار قول محمد؛ ولهذا ذكر دليل محمد بعد دليل أبي يوسف. ثم اعلّم: أن المدورى جعل قول محمد مع أبي يوسف حيث قال: «وقالاً: لحنى نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى»^(٢).

وكذلك أثبت صاحب «الهداية» فيها، وكذلك ذكر الشيخ أبو نصر البغدادي

في «شروحه».

ويُدل على أن قول محمد [٥٧١/٢] كقول أبي يوسف - إلا أنّهما اختلفا في التعرّيج -: ما ذكره الطحاوي في «مختصره» فقال: «قال أبو حنيفة: إذا هلك رجل عن وليه حنفى، وابن غير حنفى، أُعطِيَ [الحنفى]^(٣) على أنه بنت^(٤) حتى نتم غير ذلك».

وقال أبو يوسف: المال بيه وبين الابن المعروف على سبعة، للابن المعروف منه: نصيب ابن كامل، ويضرب للحنفى ثلاثة أرباع نصيب ابن كامل.

وقال محمد: يُقسَّم [الميراث]^(٥) بينهما على تنزيل الأحوال، فيكون للحنفى من خمسة من اثني عشر، وللمستيقن [٥٧٣/٨]: سبعة من اثني عشر، وبه نأخذ،

(١) في (ط): «الاجتماع».

(٢) بطر: المصدر السابق.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«٢٢»، و«ع»، و«ر» وهو الموافق لما وقع في النسخة الخطية من «مختصر الطحاوي» [٥٣/٥] / أ/ مخطوط مكتبة خراجي أعلو - تركيا / (رقم المخطوط: ١٦٦)

(٤) وقع في المطبوع منه من «المختصر»: «إن الحنفى على أنه ابنه حتى يتم غير ذلك».

(٥) ومع بالأصل «أثبتت» والمثبت من: «ن»، و«م»، و«٢٢»، و«ع»، و«ر».

(٦) بين المعقوفتين زيادة من: «ن»، و«م»، و«٢٢»، و«ع»، و«ر» وهو الموافق لما وقع

في «مختصر الطحاوي».

يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا مَضْفُورًا ، وَإِنْ كَانَ أَتْنَى يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا اخْتِجَاعًا إِلَى جَنَابٍ لَهُ نَصْفٌ وَثَلَاثٌ ، وَأَقْلُ ذَلِكَ سِتَّةٌ ، فَفِي حَالِ يَكُونُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا

﴿ وَهُوَ الْمَالُ ﴾

وَهَذَا أَصَحُّ مِنْ قَوْلِ أَبِي يُونُسَ ^(١) إِلَى هَذَا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ فِي «مُحْتَضَرِهِ».

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ فِي شَرْحِهِ لـ «مُحْتَضَرِ الطَّحَاوِيِّ»: «وَحُجَّةُ قَوْلِ أَبِي حَبِيبَةَ. أَنَّ نَصِيبَ السَّبِّ مُتَقَيَّرٌ لِلْحُثْنِ ، وَالرِّيَادَةُ عَلَيْهِ مَشْكُوكٌ فِيهَا ، فَلَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا بَيِّقِينَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَوْرِيثُهُ بِالشَّكِّ.

وَأَمَّا أَبُو يُونُسَ: فَإِنَّهُ يَضْرِبُ لِلْأَبْنِ نَصِيبَ ابْنٍ كَامِلٍ ، وَهُوَ أَرْبَعَةٌ ، وَلِلْحُثْنِ بِثَلَاثَةِ أَرْبَاعٍ نَصِيبَ ابْنٍ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ ضَرِبَ بِنَصْفِ مِيرَاثِ ابْنٍ: سَهْمَانِ مِنْ أَرْبَعَةٍ. وَبِنَصْفِ مِيرَاثِ ابْنَةٍ: سَهْمٍ وَاحِدًا ، فَصَارَ حَمِيعُ مَا يُضْرَبُ ^(٢) لَهُ ثَلَاثَةٌ ، وَضَرِبَ لِلْأَبْنِ بِأَرْبَعَةٍ.

وَأَمَّا مُحَمَّدٌ: فَإِنَّهُ جَعَلَ الْحُثْنُ مُسْتَحَقًّا سِتَّةً ^(٣) مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَكَرًا: فَلَهُ سِتَّةٌ ، وَلِأَخِيهِ سِتَّةٌ ، وَإِنْ كَانَ أَتْنَى: فَلَهُ أَرْبَعَةٌ ، وَلِأَخِيهِ ثَمَانِيَةٌ ، فَلَهُ فِي حَالِ أَرْبَعَةٍ ، وَفِي حَالِ سِتَّةٍ ، فَذَلِكَ عَشْرَةٌ لَهُ فِي حَالَتَيْنِ ، لَهُ نَصْفُ ذَلِكَ: خَمْسَةٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَالْأَبْنُ يَسْتَحِقُّ فِي حَالِ ثَمَانِيَةٍ ، وَفِي حَالِ سِتَّةٍ ، فَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ عَشْرًا فِي حَالَتَيْنِ ، لَهُ نَصْفُهَا سَبْعَةٌ ، وَقَدْ ذَكَرَ عَنْ أَبِي يُونُسَ رَجُوعُهُ إِلَى هَذَا الْقَوْلِ ^(٤) إِلَى هَذَا لَفْظُ أَبِي بَكْرٍ.

فَعَلِمَ بِهَذَا كُلُّهُ: أَنَّ مُحَمَّدًا يَجْعَلُ إِثْرَ الْحُثْنِ نَصْفَ النِّصَبَيْنِ كَأَبِي يُونُسَ.

(١) يَطْرُقُ «مُحْتَضَرِ الطَّحَاوِيِّ» [ص/١٥٤ - ١٥٥].

(٢) وَفَعَّ بِالْأَصْلِ «مَا بَصُرَ» وَالْمَثَلُ مِنْ «ن» ، وَ«م» ، وَ«ث» ، وَ«د» ، وَ«ر» ، وَهُوَ الْمَوْفُوقُ وَفَعَّ فِي: «شَرْحِ مُحْتَضَرِ الطَّحَاوِيِّ»

(٣) وَفَعَّ بِالْأَصْلِ «بِحِمَّة» وَالْمَثَلُ مِنْ «ن» ، وَ«م» ، وَ«ث» ، وَ«د» ، وَ«ر» ، وَهُوَ الْمَوْفُوقُ وَفَعَّ فِي: «شَرْحِ مُحْتَضَرِ الطَّحَاوِيِّ»

(٤) يَطْرُقُ «شَرْحِ مُحْتَضَرِ الطَّحَاوِيِّ» لِلْجِصَّاسِ [١٤٧، ٤ - ١٤٨]

خفي^(١)، وفي حال يكون أثلاثا للحنثي سهمان وللابن أربعة، فلهما
حنثي ثابثان بغير وقوع الشك في الشهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان

﴿عنه مسان ياب﴾

ويذكر العقبة أبو الليث في كتاب «مختلف الرواية» قول محمد كقول أبي
جدة، فقال: «ولو أن رجلاً مات وترك ابناً، وترك ابناً آخر حنثي، فقد روي عن
خفي أنه قال: للحنثي نصف ميراث الرجل، ونصف ميراث المرأة.

وذكر عن أبي يوسف: أنه فسر قول الشعبي بتفسيرين، أحدهما: أن الحنثي
من أخيه كآلة ابن، ومن أخيه كآلة ابنة، والابنة تكون نصف الابن في الميراث،
فيجعل الحنثي كآلة ثلاثة أرباع الابن، فيجعل الميراث على سبعة أسهم، للابن
ربعة، وللحنثي ثلاثة؛ لأنه إن كان ابناً فله النصف، وإن كان ابنة فله الثلث،
فيخرج إلى حاصٍ له نصف وثلث، وأقله ستة.

فيجعل أضل المسألة من ستة، للابن الذي يفتن أنه ابن: الثلاث، وهو أربعة،
بني هاهنا سهمان، فلا يخلو: إما أن يكون الحنثي ابناً أو ابنة، فإن كان ابنة فله
من السهمان، وإن كان ابناً فله أربعة مثل ما أعطينا الابن الآخر، فالسهمان له
وحيث هي الحالين جميعاً، والسهمان الزائدان يجبان في حال، ولا يجبان في
حال، فينصف ذلك، فتوجب له ثلاثة أسهم، وللابن أربعة، فتقسم المال
«١١١» بينهما على سبعة، أربعة للابن، وثلاثة للحنثي^(٢).

قال^(٣): «وكان أبو يوسف [٥٧١/٣] يقرر بهذا، ولا يأخذ به، ثم فسر بتفسير
آخر، فأخذ به، وهو أن الحنثي لو كان ابناً فله نصف الميراث، ولو كان ابنة كان
له ثلث الميراث، فيجعل المال من اثني عشر، للحنثي في حال: الثلث، وهو

(١) راد في (ط): «الكل واحد ثلاثة».

(٢) بظر «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٩٦٧/٣].

(٣) أي أبو الليث.

وَنِصْفُ فَاكْتَسَرُ فَيُضَعَّفُ لِيُرْوَلَ الْكَسْرُ فَصَارَ الْحَسَابُ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ لِلْحُتْنِ
خَمْسَةً وَلِلْأَيْنِ سَبْعَةً.

في تكملة الحساب

أربعة، وفي حال: النصف، وهو ستة، فالأربعة واجبة بقيتي، والشك في ستهتين،
فَيَنْصَفُ ذَلِكَ، وَيُطْرَحُ نِصْفُهُ، فَلِلْحُتْنِ: خَمْسَةُ أَشْهُمٍ، وَلِلْأَيْنِ: سَبْعَةٌ، وَهُوَ قَوْلُ
أَبِي يَوْسُفَ الْآخَرِ.

وفي قوله الأول - وهو قول أبي حنيفة ومحمد -: لِلْحُتْنِ ثَلَاثُ الْمِيرَاثِ، وَلِلْأَيْنِ
الْثَلَاثَانِ، وَيُجْعَلُ الْحُتْنُ اثْنَيْنِ مَا لَمْ يَكُنْ أَتَى ابْنٌ^(١). إلى هنا لفظ المقيم أبي الليث.
وكذلك ذَكَرَ الْإِمَامُ الْأَسْبَغِي فِي «شرح الطحاوي»، وجعل المالَ اثْلَاثًا
بَيْنَهُمَا، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيْنِ فِي قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، فَقَالَ: «هُوَ قَوْلُ أَبِي
يُوسُفَ الْأَوَّلِ».

وكذلك ذَكَرَ شَمْسُ الْأُثْمَةِ السَّرْخَسِيُّ فِي «شرح الكافي» الَّذِي هُوَ «مَبْسُوطُهُ»
فَقَالَ: «اختلف العلماء في حُكْمِ الْحُتْنِ الْمُشْكِلِ فِي الْمِيرَاثِ، فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ
وَمُحَمَّدٌ - وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يَوْسُفَ الْأَوَّلِ -: يُجْعَلُ هُوَ فِي الْمِيرَاثِ بِمَنْزِلَةِ الْأُنثَى، إِلَّا
أَنْ يَكُونَ أَسْوَأَ حَالِهِ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا، وَ[فِي]»^(٢) الْحَاصِلُ: يَكُونُ لَهُ شَرُّ الْحَالَيْنِ،
وَأَقْلُ النَّصِيبَيْنِ، وَفِي قَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ الْآخَرِ: لَهُ نِصْفُ مِيرَاثِ الذَّكَرِ، وَنِصْفُ
مِيرَاثِ الْأُنثَى، وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ قَوْلِ الشَّعْبِيِّ»^(٣). إلى هنا لفظ السَّرْخَسِيِّ.

وكذلك جعل في «المعبط» و«الذخيرة»: قَوْلُ مُحَمَّدٍ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ. قَالَ
صَاحِبُ «المعبط» و«الذخيرة» فِيهِمَا: «وَالْحُكْمُ فِي تَوْرِيثِ الْحُتْنِ الْمُشْكِلِ أَنْ يُعْطَى
لَهُ مِيرَاثُ النِّسَاءِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْوَأَ حَالِهِ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا، فَيُجْعَلُ ذَكَرًا، وَهَذَا قَوْلُ

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٩٦٧/٣، ١٩٦٨].

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من: «ن»، و«م»، و«ع»، و«ع»، و«ع».

(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [٩٢/٣٠].

الْمَالُ لَا يَحِبُّ بِالشَّكِّ فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ الشَّكُّ فِي وَحُوبِ الْمَالِ بِسَبَبِ آخِرٍ فَإِنَّهُ يُؤْخَذُ فِيهِ بِالْمُتَبَيَّنِّ، كَذَا هَذَا،

﴿عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ﴾

بِمَنْ مَاتَ وَتَرَكَ ابْنًا يَخُجُّهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَخُجُّهُ بَيِّقِينَ.

وَوَجْهُ قَوْلِهِمَا: أَنَّ لِلْخُتْنَيْنِ حَالَيْنِ^(١): إِنْ كَانَ ذَكَرًا فَلَهُ نَصِيبُ ابْنٍ كَامِلٍ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَىٰ فَلَهُ نَصْفُ نَصِيبِ ابْنٍ، وَهُوَ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَيْسَ اخْتِئِ الْحَالَتَيْنِ بِأَوَّلَىٰ مِنَ الْآخَرَىٰ، فَجُعِلَ لَهُ نَصْفُ مَا اسْتَحَقَّهُ فِي [٥٧٢/٢] الْحَالَيْنِ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ [نَصِيبِ] ابْنٍ^(٢)، فَزَاخَمَ الْإِبْنَ بِذَلِكَ.

ثُمَّ اخْتَلَفَ أَبُو يَوْسَفَ وَمُحَمَّدٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ - أَيُّ: قَوْلِ الشَّعْبِيِّ - فَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ: لِلْخُتْنَيْنِ ثَلَاثَةٌ مِنْ سَبْعَةٍ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: خَمْسَةٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ.

وَوَجْهُ تَخْرِيجِ أَبِي يَوْسَفَ: أَنَّ الْإِبْنَ يَسْتَحِقُّ كُلَّ الْمَالِ عِنْدَ انْفِرَادِهِ، بَإَنَّ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَحَدٌ، وَالْخُتْنَانِ يَسْتَحِقُّ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْخُتْنَيْنِ فِي حَالِ ابْنٍ، وَمِنْ حَالِ بِنْتٍ، وَلِلْبِنْتِ فِي الْمِيرَاثِ نَصْفُ الْإِبْنِ، فَيُجْعَلُ لَهُ نَصْفُ كُلِّ حَالٍ، فَيَكُونُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ نَصِيبِ ابْنٍ، فَيُضْرَبُ مَخْرَجُ الرَّبْعِ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَشْهُمٍ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ، فَيَكُونُ سَبْعَةٌ، فَلِلْخُتْنَيْنِ ثَلَاثَةٌ، وَلِلْإِبْنِ أَرْبَعَةٌ.

وَوَجْهُ تَخْرِيجِ مُحَمَّدٍ: أَنَّ الْخُتْنَيْنِ لَوْ كَانَ ذَكَرًا؛ كَانَ لَهُ نَصْفُ الْمَالِ، وَلَوْ كَانَ أُنْثَىٰ كَانَ لَهُ ثُلُثُ الْمَالِ، فَيَكُونُ لَهُ نَصْفُ النِّصْفِ وَنَصْفُ الثُّلُثِ، فَيُحْتَاجُ إِلَىٰ حِسَابٍ لَهُ نَصْفٌ، وَلِنَصْفِهِ نَصْفٌ وَثُلُثٌ، وَلِثُلُثِهِ نَصْفٌ، وَأَقْلُ ذَلِكَ اثْنَا^(٣) عَشَرَ، وَنَصْفُ نَصْفِهِ ثَلَاثَةٌ، وَنَصْفُ ثُلُثِهِ اثْنَانِ، فَيَكُونُ حِمَّةٌ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ، وَالباقِي - وَهُوَ سَبْعَةٌ - لِلْإِبْنِ.

(١) وقع بالأصل: «حَالَانِ». والمثبت من: «ن»، «م»، «و»، «ي»، «أ»، «ه»، «و»، «ع»، «ر».

(٢) ما بين المعقوفين زيادة من: «ن»، «م»، «و»، «ي»، «أ»، «ه»، «و»، «ع»، «ر».

(٣) وقع بالأصل: «اثني». والمثبت من: «ن»، «م»، «و»، «ي»، «أ»، «ه»، «و»، «ع»، «ر».

إلا أن يكون نصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً، فحينئذ يُعطى نصيب الانس في تلك الصورة لكونه متيقناً به وهو أن تكون الزوجة روحاً، وأماً وأختاً لأب وأم هي

﴿عنه السور﴾

ووجه قول أبي حنيفة: أن استحقاق الثلث متيقن، وما راد على ذلك غير متيقن، فلا يثبت بالشك.

قوله: (إلا أن يتبين غير ذلك)، استثناء من قوله: (وهو أنثى) [٢٥٠/٨] عنده في الميراث، يعني: أن الحنفى يُعتبر أنثى من الميراث عند أبي حنيفة، إلا إذا تبين غير كونه أنثى؛ بأن يظهر فيه إحدى علامات الذكورة بلا تعارض، فحينئذ يُعتبر ذكراً. قوله: (إلا أن يُصيبه الأقل لو قدرناه ذكراً، فحينئذ يُعطى نصيب الانس).

استثناء من قوله: (فأوجبنا المتيقن قصراً عليه)، يعني: أوجبنا للحنفى ميراث الأنثى للثيقن، وما تجاوزنا عنه بإثبات الزيادة؛ لأن المال لا يجب بالشك إلا إذا أصابه الأقل على تقدير الذكورة، فحينئذ يُعطى نصيب الذكر؛ لكونه أقل للثيقن به. صورته: زوج وأم، وأخت لأب وأم هي حنفى، فلزوج النصف، وللأم الثلث، فلو قدرنا الحنفى أنثى؛ يكون لها النصف، فتعول المسألة إلى ثمانية، ولو قدرناه ذكراً؛ يكون له الباقي من ستة، وهو السدس، فيعطى السدس؛ لأنه أقل من النصف. وصورة أخرى: امرأة وأخوان لأُم، وأخت لأب وأم هي حنفى، أصل المسألة: من اثني عشر، فللمراة: الربع، وللأخوين لأُم: الثلث، فلو قدرنا الحنفى ذكراً؛ يكون له الباقي وهو الخمسة، ولو قدرناه أنثى؛ يكون لها النصف وهو ستة، فتعول المسألة إلى ثلاثة عشر، فيعطى الخمسة؛ لأنها أقل من الستة.

وإذا كان يُحرّم [من] ^(١) الميراث على تقدير الذكورة؛ لا يُعطى شيئاً أصلاً؛ لأنه أسوأ حاله، كما إذا تركت المرأة زوجاً وأختاً لأب وأم، وحنفى لأب؛

(١) ما بين المعطوفتين. زيادة من: ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩١، ٩٢، ٩٣، ٩٤، ٩٥، ٩٦، ٩٧، ٩٨، ٩٩، ١٠٠، ١٠١، ١٠٢، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥، ١٠٦، ١٠٧، ١٠٨، ١٠٩، ١١٠، ١١١، ١١٢، ١١٣، ١١٤، ١١٥، ١١٦، ١١٧، ١١٨، ١١٩، ١٢٠، ١٢١، ١٢٢، ١٢٣، ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧، ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠، ١٣١، ١٣٢، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٥، ١٣٦، ١٣٧، ١٣٨، ١٣٩، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٣، ١٤٤، ١٤٥، ١٤٦، ١٤٧، ١٤٨، ١٤٩، ١٥٠، ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٤، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠، ١٦١، ١٦٢، ١٦٣، ١٦٤، ١٦٥، ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، ١٧٠، ١٧١، ١٧٢، ١٧٣، ١٧٤، ١٧٥، ١٧٦، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠، ١٨١، ١٨٢، ١٨٣، ١٨٤، ١٨٥، ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، ١٨٩، ١٩٠، ١٩١، ١٩٢، ١٩٣، ١٩٤، ١٩٥، ١٩٦، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠، ٢٠١، ٢٠٢، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٠٥، ٢٠٦، ٢٠٧، ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠، ٢١١، ٢١٢، ٢١٣، ٢١٤، ٢١٥، ٢١٦، ٢١٧، ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠، ٢٢١، ٢٢٢، ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨، ٢٢٩، ٢٣٠، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٣٦، ٢٣٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢، ٢٤٣، ٢٤٤، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧، ٢٤٨، ٢٤٩، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٥٢، ٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٥، ٢٥٦، ٢٥٧، ٢٥٨، ٢٥٩، ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢، ٢٦٣، ٢٦٤، ٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧، ٢٦٨، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٧٤، ٢٧٥، ٢٧٦، ٢٧٧، ٢٧٨، ٢٧٩، ٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢، ٢٨٣، ٢٨٤، ٢٨٥، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩، ٢٩٠، ٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣، ٢٩٤، ٢٩٥، ٢٩٦، ٢٩٧، ٢٩٨، ٢٩٩، ٣٠٠، ٣٠١، ٣٠٢، ٣٠٣، ٣٠٤، ٣٠٥، ٣٠٦، ٣٠٧، ٣٠٨، ٣٠٩، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٣، ٣١٤، ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٨، ٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، ٣٢٧، ٣٢٨، ٣٢٩، ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢، ٣٣٣، ٣٣٤، ٣٣٥، ٣٣٦، ٣٣٧، ٣٣٨، ٣٣٩، ٣٤٠، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٣، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨، ٣٤٩، ٣٥٠، ٣٥١، ٣٥٢، ٣٥٣، ٣٥٤، ٣٥٥، ٣٥٦، ٣٥٧، ٣٥٨، ٣٥٩، ٣٦٠، ٣٦١، ٣٦٢، ٣٦٣، ٣٦٤، ٣٦٥، ٣٦٦، ٣٦٧، ٣٦٨، ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١، ٣٧٢، ٣٧٣، ٣٧٤، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٧٧، ٣٧٨، ٣٧٩، ٣٨٠، ٣٨١، ٣٨٢، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٨٥، ٣٨٦، ٣٨٧، ٣٨٨، ٣٨٩، ٣٩٠، ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٣، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٦، ٣٩٧، ٣٩٨، ٣٩٩، ٤٠٠، ٤٠١، ٤٠٢، ٤٠٣، ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤٠٩، ٤١٠، ٤١١، ٤١٢، ٤١٣، ٤١٤، ٤١٥، ٤١٦، ٤١٧، ٤١٨، ٤١٩، ٤٢٠، ٤٢١، ٤٢٢، ٤٢٣، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٢٦، ٤٢٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣٥، ٤٣٦، ٤٣٧، ٤٣٨، ٤٣٩، ٤٤٠، ٤٤١، ٤٤٢، ٤٤٣، ٤٤٤، ٤٤٥، ٤٤٦، ٤٤٧، ٤٤٨، ٤٤٩، ٤٥٠، ٤٥١، ٤٥٢، ٤٥٣، ٤٥٤، ٤٥٥، ٤٥٦، ٤٥٧، ٤٥٨، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١، ٤٦٢، ٤٦٣، ٤٦٤، ٤٦٥، ٤٦٦، ٤٦٧، ٤٦٨، ٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧١، ٤٧٢، ٤٧٣، ٤٧٤، ٤٧٥، ٤٧٦، ٤٧٧، ٤٧٨، ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١، ٤٨٢، ٤٨٣، ٤٨٤، ٤٨٥، ٤٨٦، ٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، ٤٩٠، ٤٩١، ٤٩٢، ٤٩٣، ٤٩٤، ٤٩٥، ٤٩٦، ٤٩٧، ٤٩٨، ٤٩٩، ٥٠٠، ٥٠١، ٥٠٢، ٥٠٣، ٥٠٤، ٥٠٥، ٥٠٦، ٥٠٧، ٥٠٨، ٥٠٩، ٥١٠، ٥١١، ٥١٢، ٥١٣، ٥١٤، ٥١٥، ٥١٦، ٥١٧، ٥١٨، ٥١٩، ٥٢٠، ٥٢١، ٥٢٢، ٥٢٣، ٥٢٤، ٥٢٥، ٥٢٦، ٥٢٧، ٥٢٨، ٥٢٩، ٥٣٠، ٥٣١، ٥٣٢، ٥٣٣، ٥٣٤، ٥٣٥، ٥٣٦، ٥٣٧، ٥٣٨، ٥٣٩، ٥٤٠، ٥٤١، ٥٤٢، ٥٤٣، ٥٤٤، ٥٤٥، ٥٤٦، ٥٤٧، ٥٤٨، ٥٤٩، ٥٥٠، ٥٥١، ٥٥٢، ٥٥٣، ٥٥٤، ٥٥٥، ٥٥٦، ٥٥٧، ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠، ٥٦١، ٥٦٢، ٥٦٣، ٥٦٤، ٥٦٥، ٥٦٦، ٥٦٧، ٥٦٨، ٥٦٩، ٥٧٠، ٥٧١، ٥٧٢، ٥٧٣، ٥٧٤، ٥٧٥، ٥٧٦، ٥٧٧، ٥٧٨، ٥٧٩، ٥٨٠، ٥٨١، ٥٨٢، ٥٨٣، ٥٨٤، ٥٨٥، ٥٨٦، ٥٨٧، ٥٨٨، ٥٨٩، ٥٩٠، ٥٩١، ٥٩٢، ٥٩٣، ٥٩٤، ٥٩٥، ٥٩٦، ٥٩٧، ٥٩٨، ٥٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، ٦٠٣، ٦٠٤، ٦٠٥، ٦٠٦، ٦٠٧، ٦٠٨، ٦٠٩، ٦١٠، ٦١١، ٦١٢، ٦١٣، ٦١٤، ٦١٥، ٦١٦، ٦١٧، ٦١٨، ٦١٩، ٦٢٠، ٦٢١، ٦٢٢، ٦٢٣، ٦٢٤، ٦٢٥، ٦٢٦، ٦٢٧، ٦٢٨، ٦٢٩، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٣٢، ٦٣٣، ٦٣٤، ٦٣٥، ٦٣٦، ٦٣٧، ٦٣٨، ٦٣٩، ٦٤٠، ٦٤١، ٦٤٢، ٦٤٣، ٦٤٤، ٦٤٥، ٦٤٦، ٦٤٧، ٦٤٨، ٦٤٩، ٦٥٠، ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٣، ٦٥٤، ٦٥٥، ٦٥٦، ٦٥٧، ٦٥٨، ٦٥٩، ٦٦٠، ٦٦١، ٦٦٢، ٦٦٣، ٦٦٤، ٦٦٥، ٦٦٦، ٦٦٧، ٦٦٨، ٦٦٩، ٦٧٠، ٦٧١، ٦٧٢، ٦٧٣، ٦٧٤، ٦٧٥، ٦٧٦، ٦٧٧، ٦٧٨، ٦٧٩، ٦٨٠، ٦٨١، ٦٨٢، ٦٨٣، ٦٨٤، ٦٨٥، ٦٨٦، ٦٨٧، ٦٨٨، ٦٨٩، ٦٩٠، ٦٩١، ٦٩٢، ٦٩٣، ٦٩٤، ٦٩٥، ٦٩٦، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٢، ٧٠٣، ٧٠٤، ٧٠٥، ٧٠٦، ٧٠٧، ٧٠٨، ٧٠٩، ٧١٠، ٧١١، ٧١٢، ٧١٣، ٧١٤، ٧١٥، ٧١٦، ٧١٧، ٧١٨، ٧١٩، ٧٢٠، ٧٢١، ٧٢٢، ٧٢٣، ٧٢٤، ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، ٧٢٨، ٧٢٩، ٧٣٠، ٧٣١، ٧٣٢، ٧٣٣، ٧٣٤، ٧٣٥، ٧٣٦، ٧٣٧، ٧٣٨، ٧٣٩، ٧٤٠، ٧٤١، ٧٤٢، ٧٤٣، ٧٤٤، ٧٤٥، ٧٤٦، ٧٤٧، ٧٤٨، ٧٤٩، ٧٥٠، ٧٥١، ٧٥٢، ٧٥٣، ٧٥٤، ٧٥٥، ٧٥٦، ٧٥٧، ٧٥٨، ٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١، ٧٦٢، ٧٦٣، ٧٦٤، ٧٦٥، ٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨، ٧٦٩، ٧٧٠، ٧٧١، ٧٧٢، ٧٧٣، ٧٧٤، ٧٧٥، ٧٧٦، ٧٧٧، ٧٧٨، ٧٧٩، ٧٨٠، ٧٨١، ٧٨٢، ٧٨٣، ٧٨٤، ٧٨٥، ٧٨٦، ٧٨٧، ٧٨٨، ٧٨٩، ٧٩٠، ٧٩١، ٧٩٢، ٧٩٣، ٧٩٤، ٧٩٥، ٧٩٦، ٧٩٧، ٧٩٨، ٧٩٩، ٨٠٠، ٨٠١، ٨٠٢، ٨٠٣، ٨٠٤، ٨٠٥، ٨٠٦، ٨٠٧، ٨٠٨، ٨٠٩، ٨١٠، ٨١١، ٨١٢، ٨١٣، ٨١٤، ٨١٥، ٨١٦، ٨١٧، ٨١٨، ٨١٩، ٨٢٠، ٨٢١، ٨٢٢، ٨٢٣، ٨٢٤، ٨٢٥، ٨٢٦، ٨٢٧، ٨٢٨، ٨٢٩، ٨٣٠، ٨٣١، ٨٣٢، ٨٣٣، ٨٣٤، ٨٣٥، ٨٣٦، ٨٣٧، ٨٣٨، ٨٣٩، ٨٤٠، ٨٤١، ٨٤٢، ٨٤٣، ٨٤٤، ٨٤٥، ٨٤٦، ٨٤٧، ٨٤٨، ٨٤٩، ٨٥٠، ٨٥١، ٨٥٢، ٨٥٣، ٨٥٤، ٨٥٥، ٨٥٦، ٨٥٧، ٨٥٨، ٨٥٩، ٨٦٠، ٨٦١، ٨٦٢، ٨٦٣، ٨٦٤، ٨٦٥، ٨٦٦، ٨٦٧، ٨٦٨، ٨٦٩، ٨٧٠، ٨٧١، ٨٧٢، ٨٧٣، ٨٧٤، ٨٧٥، ٨٧٦، ٨٧٧، ٨٧٨، ٨٧٩، ٨٨٠، ٨٨١، ٨٨٢، ٨٨٣، ٨٨٤، ٨٨٥، ٨٨٦، ٨٨٧، ٨٨٨، ٨٨٩، ٨٩٠، ٨٩١، ٨٩٢، ٨٩٣، ٨٩٤، ٨٩٥، ٨٩٦، ٨٩٧، ٨٩٨، ٨٩٩، ٩٠٠، ٩٠١، ٩٠٢، ٩٠٣، ٩٠٤، ٩٠٥، ٩٠٦، ٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩، ٩١٠، ٩١١، ٩١٢، ٩١٣، ٩١٤، ٩١٥، ٩١٦، ٩١٧، ٩١٨، ٩١٩، ٩٢٠، ٩٢١، ٩٢٢، ٩٢٣، ٩٢٤، ٩٢٥، ٩٢٦، ٩٢٧، ٩٢٨، ٩٢٩، ٩٣٠، ٩٣١، ٩٣٢، ٩٣٣، ٩٣٤، ٩٣٥، ٩٣٦، ٩٣٧، ٩٣٨، ٩٣٩، ٩٤٠، ٩٤١، ٩٤٢، ٩٤٣، ٩٤٤، ٩٤٥، ٩٤٦، ٩٤٧، ٩٤٨، ٩٤٩، ٩٥٠، ٩٥١، ٩٥٢، ٩٥٣، ٩٥٤، ٩٥٥، ٩٥٦، ٩٥٧، ٩٥٨، ٩٥٩، ٩٦٠، ٩٦١، ٩٦٢، ٩٦٣، ٩٦٤، ٩٦٥، ٩٦٦، ٩٦٧، ٩٦٨، ٩٦٩، ٩٧٠، ٩٧١، ٩٧٢، ٩٧٣، ٩٧٤، ٩٧٥، ٩٧٦، ٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩، ٩٨٠، ٩٨١، ٩٨٢، ٩٨٣، ٩٨٤، ٩٨٥، ٩٨٦، ٩٨٧، ٩٨٨، ٩٨٩، ٩٩٠، ٩٩١، ٩٩٢، ٩٩٣، ٩٩٤، ٩٩٥، ٩٩٦، ٩٩٧، ٩٩٨، ٩٩٩، ١٠٠٠، ١٠٠١، ١٠٠٢، ١٠٠٣، ١٠٠٤، ١٠٠٥، ١٠٠٦، ١٠٠٧، ١٠٠٨، ١٠٠٩، ١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢٠، ١٠٢١، ١٠٢٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧، ١٠٢٨، ١٠٢٩، ١٠٣٠، ١٠٣١، ١٠٣٢، ١٠٣٣، ١٠٣٤، ١٠٣٥، ١٠٣٦، ١٠٣٧، ١٠٣٨، ١٠٣٩، ١٠٤٠، ١٠٤١، ١٠٤٢، ١٠٤٣، ١٠٤٤، ١٠٤٥، ١٠٤٦، ١٠٤٧، ١٠٤٨، ١٠٤٩، ١٠٥٠، ١٠٥١، ١٠٥٢، ١٠٥٣، ١٠٥٤، ١٠٥٥، ١٠٥٦، ١٠٥٧، ١٠٥٨، ١٠٥٩، ١٠٦٠، ١٠٦١، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ١٠٦٤، ١٠٦٥، ١٠٦٦، ١٠٦٧، ١٠٦٨، ١٠٦٩، ١٠٧٠، ١٠٧١، ١٠٧٢، ١٠٧٣، ١٠٧٤، ١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٧٧، ١٠٧٨، ١٠٧٩، ١٠٨٠، ١٠٨١، ١٠٨٢، ١٠٨٣، ١٠٨٤، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٨٧، ١٠٨٨، ١٠٨٩، ١٠٩٠، ١٠٩١، ١٠٩٢، ١٠٩٣، ١٠٩٤، ١٠٩٥، ١٠٩٦، ١٠٩٧، ١٠٩٨، ١٠٩٩، ١١٠٠، ١١٠١، ١١٠٢، ١١٠٣، ١١٠٤، ١١٠٥، ١١٠٦، ١١٠٧، ١١٠٨، ١١٠٩، ١١١٠، ١١١١، ١١١٢، ١١١٣، ١١١٤، ١١١٥، ١١١٦، ١١١٧، ١١١٨، ١١١٩، ١١٢٠، ١١٢١، ١١٢٢، ١١٢٣، ١١٢٤، ١١٢٥، ١١٢٦، ١١٢٧، ١١٢٨، ١١٢٩، ١١٣٠، ١١٣١، ١١٣٢، ١١٣٣، ١١٣٤، ١١٣٥، ١١٣٦، ١١٣٧، ١١٣٨، ١١٣٩، ١١٤٠، ١١٤١، ١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٤٥، ١١٤٦، ١١٤٧، ١١٤٨، ١١٤٩، ١١٥٠، ١١٥١، ١١٥٢، ١١٥٣، ١١٥٤، ١١٥٥، ١١٥٦، ١١٥٧، ١١٥٨، ١١٥٩، ١١٦٠، ١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤، ١١٦٥، ١١٦٦، ١١٦٧، ١١٦٨، ١١٦٩، ١١٧٠، ١١٧١، ١١٧٢، ١١٧٣، ١١٧٤، ١١٧٥، ١١٧٦، ١١٧٧، ١١٧٨، ١١٧٩، ١١٨٠، ١١٨١، ١١٨٢، ١١٨٣، ١١٨٤، ١١٨٥، ١١٨٦، ١١٨٧، ١١٨٨، ١١٨٩، ١١٩٠، ١١٩١، ١١٩٢، ١١٩٣، ١١٩٤، ١١٩٥، ١١٩٦، ١١٩٧، ١١٩٨، ١١٩٩، ١٢٠٠، ١٢٠١، ١٢٠٢، ١٢٠٣، ١٢٠٤، ١٢٠٥، ١٢٠٦، ١٢٠٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، ١٢١٠، ١٢١١، ١٢١٢، ١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦، ١٢١٧، ١٢١٨، ١٢١٩، ١٢٢٠، ١٢٢١، ١٢٢٢، ١٢٢٣، ١٢٢٤، ١٢٢٥، ١٢٢٦، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ١٢٣٠، ١٢٣١، ١٢٣٢، ١٢٣٣، ١٢٣٤، ١٢٣٥، ١٢٣٦، ١٢٣٧، ١٢٣٨، ١٢٣٩، ١٢٤٠، ١٢٤١، ١٢٤٢، ١٢٤٣، ١٢٤٤، ١٢٤٥، ١٢٤٦، ١٢٤٧، ١٢٤٨، ١٢٤٩، ١٢٥٠، ١٢٥١، ١٢٥٢، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣، ١٢٦٤، ١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٢٦٩، ١٢٧٠، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٢٧٤، ١٢٧٥، ١٢٧٦، ١٢٧٧، ١٢٧٨، ١٢٧٩، ١٢٨٠، ١٢٨١، ١٢٨٢، ١٢٨٣، ١٢٨٤، ١٢٨٥، ١٢٨٦، ١٢٨٧، ١٢٨٨، ١٢٨٩، ١٢٩٠، ١٢٩١، ١٢٩٢، ١٢٩٣، ١٢٩٤، ١٢٩٥، ١٢٩٦، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ١٢٩٩، ١٣٠٠، ١٣٠١، ١٣٠٢، ١٣٠٣، ١٣٠٤، ١٣٠٥، ١٣٠٦، ١٣٠٧، ١٣٠٨، ١٣٠٩، ١٣١٠، ١٣١١، ١٣١٢، ١٣١٣، ١٣١٤، ١٣١٥، ١٣١٦، ١٣١٧، ١٣١٨، ١٣١٩، ١٣٢٠، ١٣٢١، ١٣٢٢، ١٣٢٣، ١٣٢٤، ١٣٢٥، ١٣٢٦، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٢٩، ١٣٣٠، ١٣٣١، ١٣٣٢، ١٣٣٣، ١٣٣٤، ١٣٣٥، ١٣٣٦، ١٣٣٧، ١٣٣٨، ١٣٣٩، ١٣٤٠، ١٣٤١، ١٣٤٢، ١٣٤٣، ١٣٤٤، ١٣٤٥، ١٣٤٦، ١٣٤٧، ١٣٤٨، ١٣٤٩، ١٣٥٠، ١٣٥١، ١٣٥٢، ١٣٥٣، ١٣٥٤، ١٣٥٥، ١٣٥٦، ١٣٥٧، ١٣٥٨، ١٣٥٩، ١٣٦٠، ١٣٦١، ١٣٦٢، ١٣٦٣، ١٣٦٤، ١٣٦٥، ١٣٦٦، ١٣٦٧، ١٣٦٨، ١٣٦٩، ١٣٧٠، ١٣٧١، ١٣٧٢، ١٣٧٣، ١٣٧٤، ١٣٧٥، ١٣٧٦، ١٣٧٧، ١٣٧٨، ١٣٧٩، ١٣٨٠، ١٣٨١، ١٣٨٢، ١٣٨٣، ١٣٨٤، ١٣٨٥، ١٣٨٦، ١٣٨٧، ١٣٨٨، ١٣٨٩، ١٣٩٠، ١٣٩١، ١٣٩٢، ١٣٩٣، ١٣٩٤، ١٣٩٥، ١٣٩٦، ١٣٩٧، ١٣٩٨، ١٣٩٩، ١٤٠٠، ١٤٠١، ١٤٠٢، ١٤٠٣، ١٤٠٤، ١٤٠٥، ١٤٠٦، ١٤٠٧، ١٤٠٨، ١٤٠٩، ١٤١٠، ١٤١١، ١٤١٢، ١٤١٣، ١٤١٤، ١٤١٥، ١٤١٦، ١٤١٧، ١٤١٨، ١٤١٩، ١٤٢٠، ١٤٢١، ١٤٢٢، ١

خُنْثَى أَوْ امْرَأَةً وَأَخَوَيْنِ لِأُمٍّ وَأَخْتًا لِأَبٍ وَأُمٌّ خُنْثَى. ففي (٢٠٠١ هـ) في الأولى
لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِلْخُنْثَى، وَفِي الثَّانِيَةِ لِلْمَرْأَةِ الرُّبْعُ
وَلِلْأَخَوَيْنِ لِأُمِّ الثُّلُثُ وَالْبَاقِي لِلْخُنْثَى لِأَنَّهُ أَقْلُ النَّصِيبَيْنِ فِيهِمَا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

عنه السال

فَلِلزَّوْجِ: النِّصْفُ، وَلِلْأَخْتِ لِأَبٍ وَأُمٍّ: النِّصْفُ، وَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ، فَلِلْخُنْثَى
— عَلَى تَقْدِيرِ الْأَنْثَوَةِ —: السُّدُسُ، تَكْمِلَةُ لِلثَّلَاثِينَ، فَتَعُولُ الْمَسْأَلَةُ إِلَى سَبْعَةٍ، وَعَلَى
تَقْدِيرِ الذَّكَوَرَةِ: لَا شَيْءَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ مَا يَأْخُذُ حِينَئِذٍ بِالْعُسُوبَةِ، وَلَمْ يَبْقَ لَهُ شَيْءٌ.
فَلَا يُعْطَى شَيْئًا أَصْلًا.

ثُمَّ يَنْبَغِي لَكَ أَنْ تَعْرِفَ: أَنَّ الثَّلَاثَةَ مِنَ السَّبْعَةِ أَكْثَرُ مِنَ الْخَمْسَةِ (١٢٣ هـ) مِنَ
الْاِثْنَيْنِ عَشَرَ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَةَ إِذَا زِيدَ عَلَيْهَا نِصْفُ السَّبْعِ؛ تَصِيرُ نِصْفَ الْمَالِ، وَالْحَمَةُ
لَا تَصِيرُ نِصْفَ الْمَالِ إِلَّا بِزِيَادَةِ نِصْفِ السُّدُسِ، وَهُوَ سَهْمٌ، وَنِصْفُ السُّدُسِ أَكْثَرُ
مِنْ نِصْفِ السَّبْعِ، فَعَلَى مَا قَالَ أَبُو يَوْسُفَ: يَنْقُصُ مِنْ نَصِيبِ الْخُنْثَى نِصْفُ السَّبْعِ.
فَيَكُونُ نَصِيبُهُ عَلَى قَوْلِهِ أَكْثَرَ مِنْ نَصِيبِهِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ، فَافْهَمْ.

أَوْ تَضْرِبُ أَحَدَ الْجُزْأَيْنِ فِي مَخْرَجِ الْجُزْءِ الْآخَرِ، فَنُلْقِي الْأَقْلَ مِنَ الْأَكْثَرِ،
فَمَا بَقِيَ نَنْسُبُهُ إِلَى مَبْلَغِ ضَرْبِ الْمَخْرَجَيْنِ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ، فَمَا كَانَ (٢٠٠٨ هـ) ١٠
فَهُوَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْجُزْأَيْنِ، فَضَرْبُ الثَّلَاثَةِ فِي الْاِثْنَيْنِ عَشَرَ، يَكُونُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ،
وَضَرْبُ الْخَمْسَةِ فِي السَّبْعَةِ، يَكُونُ خَمْسَةً وَثَلَاثِينَ، فَنُلْقِي الْأَقْلَ — وَهُوَ خَمْسَةٌ
وِثَلَاثُونَ مِنْ سِتَّةٍ وَثَلَاثِينَ — يَبْقَى وَاحِدٌ، فَتَنْسُبُهُ إِلَى ضَرْبِ الْمَخْرَجَيْنِ — وَهُوَ السَّبْعَةُ
فِي الْاِثْنَيْنِ عَشَرَ — يَكُونُ الْمَبْلَغُ أَرْبَعَةً وَثَمَانِينَ، فَيَكُونُ ذَلِكَ سَهْمًا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَثَمَانِينَ
سَهْمًا، فَهُوَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْجُزْأَيْنِ، فَافْهَمْ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «الْأُولَى».

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «ثَلَاثِينَ»، وَالْمَبْلَغُ مِنْ: «١٠»، وَ«٢٠»، وَ«٢٤»، وَ«٢٨»، وَ«٣٢».

مسائل شتى

قال: وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته، فقبل له. نشهد عليك بما
في هذا الكتاب " فأوما برأيه: أي نعم، أو كتب^(١)، فإذا جاء من ذلك ما
نرف أنه إقرار، فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه.

﴿عامة المسائل﴾

مسائل شتى

قد جرت عادة المصنفين: أن يذكروا في آخر الكتاب ما شد ذكره عنهم في
أرب السالفة؛ استدراكاً للفائت، ويترجمون تلك المسائل بـ «مسائل شتى»،
و «مسائل متفرقة» ونحو ذلك، فعمل المصنف هنا كذلك جرياً على عادتهم.

قوله: ([قال]^(٢)): وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته، فقبل له: أنشهد
ميت بما في هذا الكتاب؟ فأوما برأيه: أي نعم، أو كتب، فإذا جاء من ذلك ما
نرف أنه إقرار، فهو جائز، ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه). أي: قال في
الجامع الصغير.

وصورته فيه: «محمد، عن يعقوب، عن أبي حنيفة: في الأخرس يقرأ عليه
كتاب وصية، فيقال: أنشهد عليك بما في هذه الصحيفة؟ فيقول برأيه: نعم، قال:
إذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار، أو كتب^(٣)؛ فهو جائز، وإذا اعتقل لسان
رجل، فقرأت عليه وصيته، وأشار برأيه - أي قال: نعم - أو كتب؛ فهو باطل
بحر^(٤)». إلى هنا لفظ محمد رحمه الله تعالى.

(١) في الأصل: «سكت».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من «٥»، و «٤»، و «٢»، و «١»، و «٣».

(٣) وقع بالأصل، «وكتب» والمثبت من: «٥»، و «٢»، و «١»، و «٣».

(٤) يطر «الجامع الصغير» مع شرحه السامع الكبير [ص/٥٣٣].

شبه السان

وقال الشافعي: يجوز في الوجود^(١) كذا ذكر قوله فحر الإسلام وعيزه له. أن المجوز هو المحر، وقد تحقق فيهما جميعاً، ولا فرق بين المحر الأصلي والعارض، ألا ترى أن الأهلي إذا نكح تكون ذكاته ذكاة الوجودي ذكاة ضرورة، لا ذكاة احتيار، فكذلك هنا.

ولنا: أن الإشارة إنما أقيمت مقام الثبوت في حق الآخرس، لحاجته إلى إظهار ما في ضميره، وعجزه عن الثبوت عجزاً لا يرجي زواله، وكذا كتابته أقيمت مقام العارة لهذا المعنى، لأن البيان بالكتاب بمنزلة البيان باللسان، إذا كان الكتاب مرسومًا مستبياً، وفي المريض الذي اعتقل لسانه لم يقع اليأس من عبارته؛ لاحتمال أن يقول ما به من المرض، فيطلق لسانه، فلم تقم إشارته أو كتابته مقام العارة؛ لأن عجزه عارض على شرف الزوال.

ألا ترى أن الآية لما كان يأسها متحققاً، جاز لها أن تعتد بالشهور، والذي انقطع [١٨/٣٥١هـ] حنصها لا يجوز أن تعتد بالشهور؛ لأنه يرجي منها الحيض [٣/٧٣هـ]. والشيخ القاني يقدي عن الصيام بالطعام، والمريض الذي لا يقدر على الصوم لا يجوز له أن يقدي بالطعام؛ لأنه يرجي منه فضاؤه، والشيخ القاني لا يرجي منه القضاء حتى لو امتد الاعتقال إلى وقت الموت؛ كانت إشارته قائمة مقام العارة، وجاز الإشهاد عليه؛ لأنه عجز عن الثبوت على وجه لا يمكن زواله، فصار كالأحرس.

قال المحاكم أبو محمد الكفيني^(٢): «روى ذلك عن أبي حنيفة، قالوا: وعليه

(١) ينظر «الحاوي الكبير» للماوردي [١٦٠/٦، ١٦١] والوسيط في المنع لغيري

[١٨٩/١] و«روضة الطالبين» لسوي [٣١٧/٦]

(٢) الكفيني - بضم الكاف، وكسر الفاء، وسكون الياء آخر الحروف، وفي آخرها التاء من أبي كعب، وهي من قرئ نحاري - هو عبد الله بن محمد، أبو محمد، المعروف بالمحاكم كان فيه فاصلاً ينظر «الجواهر المصنوعة» لحد القادر القرشي [٢٩١/١] و«البرقاة الوقية في طباط

وقد اشاعوا بخور في الوختين لأن المخور إنما هو العطر وقد نزل
بمصر، ولا فرق بين الأضلي والعارضي كالوختين والمتوختين من الأهلين
في حق الذكاة، والفرق لأصحابنا - عليهم السلام - أن الإشارة إنما تُعْتَر إذا ضارت
مهددة معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه. حتى لو امتد ذلك
بصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس، ولأن التفريط جاء
من قبله حيث أحر الوصية إلى هذا الوقت، أما الأخرس فلا تفريط منه،

﴿وإنما السار﴾

منى، وفي الآية عُرِف الحكم بخلاف القياس بالحديث، وهو قوله عليه السلام: «إِنْ
يَا لَوَيْدُ كَأَوْبِدِ الْوُخْشِ»^(١). فلا يُقَاس عليه غيره.

قوله (فإذا جاء من ذلك ما يُعَرَفُ أَنَّهُ إقرار؛ فهو جائز)، أي: إذا ثبت من
رأس الأخرس الذي يُعَرَفُ عادة أَنَّهُ إقرار بالوصية؛ فهو جائز عليه. أي:
بما يُعَرَفُ من إقراره حائز، وإنما قَيَّدَ بقوله: (ما يُعَرَفُ أَنَّهُ إقرار)، لأن الإيماء
ربما يكون دلالة على الإنكار، كما إذا حرَّك رأسه عرضاً، والذي يدل
من الإقرار هو التحريك من فوق إلى تحت طويلاً.

قوله: (يُعْتَقَلُ لِسَانُهُ)، على صيغة المثنى للمفعول، يقال: اعتقل لسانه
- ضم التاء - إذا حُجِسَ عن الكلام، ولم يُقَدِّرْ عليه.

قوله (وقد قيل الفضلين)، أي: قيل المعجز فضلي الأخرس^(٢) والمريض
الذي اعتقل لسانه.

قوله: (ولأن التفريط جاء من قبله)، أي: التفسير جاء من قبل المعتقل

^(١) لعمري رأيت في [ق/٣٤/أ] مسحوط مكتبة رئيس الكتاب - تركيا/ (رقم الحفظ ١٦٧١)،
و«طبقات السيد» للتفهمي [٤/٢٣٨].

^(٢) عن تحريجه.

ومع ذلك فصل الأخرس والمث من ١٠٠، و١٠١، و١٠٢، و١٠٣، و١٠٤، و١٠٥.

بشيء، والأحرس لا يمكنه النطق ولا يزحني منه ذلك، وهي الكتاب تمصيل نسبة
 هذا إن شاء الله تعالى.

وأما الإشارة: فحُجَّتْ حُجَّةُ قَائِمَةِ مَقَامِ النُّطْقِ فِي حَقِّ الْأَحْرَسِ؛ لِتَحْقُوقِ الْحَاجَةِ
 بِذَلِكَ فِي حَقِّ حَقُوقِ الْعَادِ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْأَحْكَامِ عَلَى الْإِشَارَةِ أَمْرٌ لَا تُدْمُ، وَقَدْ
 ذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِفْرَارِ: أَنَّ الْكِتَابَ مِنَ الْغَائِبِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي قِصَاصٍ يَجِبُ عَلَيْهِ.

قَالُوا: وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هُنَا كَذَلِكَ، حَتَّى لَا يَكُونَ الْكِتَابُ حُجَّةً عَلَى
 الْأَحْرَسِ فِي قِصَاصٍ يَجِبُ عَلَيْهِ، فَيَكُونُ فِي مَسْأَلَةِ الْأَحْرَسِ رَوَايَتَانِ:
 عَنْ رَوَايَةِ «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَيْهِ بِالْكِتَابَةِ^(١)، وَعَلَى رَوَايَةِ كِتَابِ
 «إِفْرَارٍ» لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْأَحْرَسُ مُفَارِقًا لِلْعَائِبِ، بَأَن يَجِبَ
 قِصَاصُ عَلَى الْأَحْرَسِ بِالْكِتَابِ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْغَائِبِ بِالْكِتَابِ.

قَالَ لُحْزُ الْإِسْلَامِ التَّبَزْدِيُّ فِي «شرح الجامع الصغير»: «وهذا هو الأشبه في
 ما أُنشِئ».

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْغَائِبِ وَالْأَحْرَسِ: أَنَّ فِي الْغَائِبِ يُمَكِّنُ الْوَصُولُ إِلَى نُطْقِهِ، فَلَمْ
 يُعْتَزْ كِتَابُهُ فِي الْقِصَاصِ، وَلَا يُمَكِّنُ الْوَصُولُ إِلَى نُطْقِ الْأَحْرَسِ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ
 قِصَاصُ كِتَابِهِ، وَلَا يُحَدُّ الْأَحْرَسُ فِي حَدِّ الْقَذْفِ، وَلَا فِي غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَمْ
 يُشْرَعْ إِلَّا بِصَرِيحِ الْقَذْفِ، وَفِي غَيْرِ الصَّرِيحِ شُبُهَةٌ، وَالْحُدُودُ تُنْذَرُ بِالشُّبُهَاتِ،
 وَالْإِشَارَةُ وَالْكِتَابَةُ مِنَ الْأَحْرَسِ بِمَنْزِلَةِ مَا لَيْسَ بِصَرِيحٍ مِنَ النَّاطِقِ، فَلَا يَكْتَفِي بِهِ
 الْحَدُّ، وَلِأَنَّ إِقَامَةَ إِشَارَةِ الْأَحْرَسِ وَكِتَابَتَهُ مَقَامَ النُّطْقِ أَمْرٌ ضَرُورِيٌّ ثَبَتَ دَفْعًا
 لِلْحَاجَةِ، وَلَا يُقَامُ الْحَدُّ بِالضَّرُورِيَّاتِ.

ولا يُحَدُّ لَهُ لَوْ قَدَرُهُ غَيْرُهُ ؛ لِاحْتِمَالِ التَّصَدِيقِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ السَّاكِنَ قَدْ يُضْمَرُ
التَّصَدِيقَ ، وَأَمَّا يَتَطَلَّ التَّصَدِيقُ بِإِشَارَتِهِ وَكِتَابَتِهِ ، وَكُلُّ مَهْمَا أَمْرٌ صَرُورِيٌّ ، فَبِنَفْيِ
شُبْهَةِ التَّصَدِيقِ .

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْحَدِّ وَالْقَضَايِ : حَيْثُ لَا يُقَامُ الْحَدُّ بِإِشَارَةِ الْآخَرِ وَكِتَابَتِهِ ،
وَكُلُّ مَهْمَا أَمْرٌ صَرُورِيٌّ ، وَكُلُّ مَهْمَا أَمْرٌ صَرُورِيٌّ ، وَيُقَامُ الْقَضَايُ : أَنَّ الْحَدَّ لَا
يُقَامُ إِلَّا بِبَيَانٍ لَا شُبْهَةَ فِيهِ ، أَلَّا تَرَى أَنَّ الشَّهَادَةَ بِالْوُطْءِ الْحَرَامِ وَالْإِقْرَارَ بِهِ لَا
يُوجِبُ الْحَدَّ ، وَالْقَضَايُ يُقَامُ بِالشَّهَادَةِ ، أَوْ الْإِقْرَارِ بِمُطْلَقِ الْقَتْلِ ، وَإِنْ لَمْ يُوَجِبْ
[الم ٥٧/٨] التَّصْرِيحُ بِالْعَمْدِ .

وَحَاصِلُهُ : أَنَّ الْقَضَايَ فِيهِ مَعْنَى الْعَوَضَةِ لِشَرْعِهِ جَائِزًا لِلْفَائِزِ ، فَتَبَتْ مَعَ
الشُّبْهَةِ كَمَا فِي سَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ ، بِخِلَافِ الْحُدُودِ ؛ لِأَنَّهَا شُرِعَتْ زَوَاجِرَ حَقًّا لَلَّهِ
تَعَالَى ، لَيْسَ فِيهَا مَعْنَى الْعَوَضِ ، فَلَمْ تَتَبْتَ مَعَ الشُّبْهَةِ ؛ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى إِثْبَاتِهَا ؛
لِأَنَّ الْحُدُودَ يُحْتَالُ فِي دَرْجَتِهَا لَا فِي إِثْبَاتِهَا .

قَالُوا : وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْإِشَارَةَ مُعْتَبَرَةٌ ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكِتَابَةِ ،
لِأَنَّ مُحَدِّدًا جَمَعَ بَيْنَهُمَا فَقَالَ : إِذَا كَانَ الْآخَرُ يُكْتُبُ أَوْ يُؤَمِّرُ ، بِخِلَافِ مَا تَرَاهُ
بَعْضُ مُشَابِهَا : أَنَّ الْكِتَابَةَ إِذَا قَدَّرَ عَلَيْهَا لَمْ تُعْتَبَرِ الْإِشَارَةُ ، قَالَ : لِأَنَّ الْإِشَارَةَ حُجَّةٌ
ضَرُورِيَّةٌ ، وَلَا ضَرُورَةَ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكِتَابَةِ .

فَنَقُولُ : كِلَاهُمَا حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ ، يَثْبُتُ حُجَّتُهُمَا عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْبَيَانِ ، وَهُمَا
مُسْتَوِيَانِ ؛ لِأَنَّ فِي الْكِتَابَةِ رِيَادَةَ بَيَانٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيَانَ يَخْصُلُ بِهَا جُزْأً وَعَيْنًا ، بِخِلَافِ
الْإِشَارَةِ ، فَإِنَّ فِيهَا احْتِمَالًا ، وَفِي الْإِشَارَةِ زِيَادَةُ أَمْرٍ لَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ

(١) وَقَعَ بِالْأَصْلِ : وَيُقَامُ الْقَضَايُ أَنَّ الْحَدَّ لِإِنْفَاءِ حَيْثُ . وَالثَّبُوتُ مِنْ « ن » ، وَ « م » ، وَ « و » .
و « ع » ، وَ « ر » .

«...»

إشارة أقرب إلى التلطف من آثار الأفلام.

بيان، أن العلم الحاصل بالكتابة يخضع بآثار الأفلام، وهي مفصلة عن كتب، والعلم الحاصل بالإشارة يخضع بما هو متصل به، وهو رأسه، فكان متصل بالشخص أقرب إليه من المتصل.

أما قوله: (لَا تُعْتَبَرُ الْإِشَارَةُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكِتَابَةِ)، فمفروق، لأن الإشارة تعتبر مع القدرة على البيان من كل وجه، وهو التلطف، ومع القدرة على الكتابة أولى. ألا ترى إلى ما قال البخاري في «الصحیح» في باب الإشارة في الطلاق والأمر: قَالَ [٥٧٤/٢] أَبُو عُمَرَ: «قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَا يُعَذَّبُ اللَّهُ بِذَمِّ الْغَيْنِ، وَلَكِنْ يُعَذَّبُ بِهَذَا». وَأَشَارَ إِلَى لِسَانِهِ»^(١).

وقال فيه أيضاً: وَقَالَ أَنَسٌ: «أَوْمَأَ النَّبِيُّ ﷺ بِيَدِهِ إِلَى أَبِي بَكْرٍ أَنْ يَتَقَدَّمَ»^(٢). وقال فيه أيضاً: وَقَالَ أَبُو قَتَادَةَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ فِي الصَّيْدِ لِلْمُحْرِمِ: «أَخَذْ مِنْكُمْ أَمْرَهُ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهِ، أَوْ أَشَارَ إِلَيْهِ»^(٣). قَالَ: لَا، قَالَ: «فَكُلُّوا»^(٤).

عنه البخاري في كتاب الطلاق/باب الإشارة في الطلاق والأمر [٢٠٢٧/٥]، ووصله في كتاب العائز/باب البكاء عند المريض [١٢٤٢/٢]، ومسلم في كتاب الجنائز/باب البكاء على الميت [٩٢٤/١]، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

^(١) عنه البخاري في كتاب الطلاق/باب الإشارة في الطلاق والأمر [٢٠٢٧/٥]، ووصله في كتاب الجماعة والإمامة/باب أهل العلم والفصل أحق بالإمامة [٦٤٩/١]، ومسلم في كتاب الصلاة/باب استحلاف الإمام إذا عرض له قتل من مرض وسفر وعيها من يصلي بالناس [٤١٩/١]، من حديث أنس رضي الله عنه.

^(٢) عنه البخاري في كتاب الطلاق/باب الإشارة في الطلاق والأمر [٢٠٢٧/٥]، ووصله في أبواب الإحصار وحراء الصيد/باب لا يشير المحرم إلى الصيد لكي يصطاده الحلال [١٧٢٨/١]، ومسلم في كتاب الحج/باب تحريم الصيد للمحرم [١١٩٦/١]، من حديث أبي قتادة رضي الله عنه.

وله أيضاً بإساده إلى عكرمة، عن أبي عثاس، قال «طاف رسول الله ﷺ على معبره، وكان كلما أتى إلى الرثاق، أشار إليه وكثر»

وهو أيضاً بإساده إلى عبد الله بن دينار، عن أبي عمر، قال «سفت النبي ﷺ أن يقول «المنة من هاهنا وأشار إلى المشرق»»

وهو أيضاً بإساده إلى عبد الله بن أبي أوفى، قال «كنا في سفر مع رسول الله ﷺ، فلما غربت الشمس، قال لرؤي «انزل فاحدخ»^(١) لي» قال، يا رسول الله، لو أنسيت، ثم قال «انزل فاحدخ» فقال يا رسول الله إن عليك بهياً، ثم قال «انزل فاحدخ» فمر فحدخ^(٢) له في الثالثة، فشرب رسول الله ﷺ، ثم أوما بيده إلى المشرق، فقال «إذا رأيتم الليل قد أقبل من هاهنا، ففذا فطر الضائم»

وقال الثحاري أيضاً في كتاب الصوم من «الصحيح» بإساده إلى أبي عمر قال «قال رسول الله ﷺ «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» وحس الإنهم في الثالثة»

(١) أخرجه البحري في كتاب الطلاق باب الإشارة في الطلاق والأمور [رقم ١٩٨٦] وأحمد في «المسند» [١/ ٢٦٤]، من حديث عكرمة، عن أبي عثاس، رحمه الله

(٢) أخرجه البحري في كتاب الطلاق باب الإشارة في الطلاق والأمور [رقم ٢٤٤٠]، وأحمد في «المسند» [٢/ ٢٣٦] من حديث عبد الله بن دينار، عن أبي عمر، رحمه الله

(٣) أي حدث السوي بالماء، أو أبلس بالماء، وحركه لأفطر عنه فاحدخ هو أن نحضر سوي بالماء، ونحرك حتى يسوي مطر «المهابة في غرب الحديث» لاس الأثر [١/ ٢١٣]، ورواه أحمد [٣/ ٣٨٤]

(٤) وقع بالأصل في هذه الكلمة ومثلاتها التي فيها «فحدخ» «العين في سر» و«سفت» من «س» و«م» و«ه» و«و» و«ع» و«ر»

(٥) أخرجه الثحاري في كتاب الطلاق باب الإشارة في الطلاق والأمور [رقم ٢٩٩١] ومسلم في كتاب الصوم باب بيان وقت انقضاء الصوم وحروح اشهار [رقم ١١٠١]، من حديث عبد الله بن أبي أوفى، رحمه الله

(٦) مصن بحريته

بسم الله الرحمن الرحيم

وقوله: «خَسِرَ»، أي: قَبِضَ، والانْخِنَاسُ: الانْقِبَاضُ. دَكَرَهُ الحَطَّابِيُّ فِي
اِشْرَاحِهِ^(١).

وَقَالَ شَمْسُ الْأُنْمَةِ السَّرْحَسِيُّ فِي «شرح الكافي»: «وَإِذَا طَلَّقَ الْأَخْرَسُ أَمْرَهُ
فِي كِتَابِهِ، وَهُوَ يَكْتُبُ؛ جَازَ عَلَيْهِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى الصَّحِيحِ فِي كِتَابِهِ؛ لِأَنَّ
الْأَخْرَسَ عَاجِزٌ عَنِ الْكَلَامِ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الْكِتَابِ، فَهُوَ وَالصَّحِيحُ فِي الْكِتَابِ سَوَاءٌ.
وَالْأَصْلُ: أَنَّ الْبَيَانَ بِالْكِتَابِ مِثْلُ الْبَيَانِ بِاللِّسَانِ؛ لِأَنَّ الْمَكْتُوبَ حُرُوفٌ
مُطَوِّمَةٌ تَدُلُّ عَلَى مَعْنَى مَفْهُومٍ كَالْكَلَامِ، أَلَّا تَرَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ مَأْمُورًا بِتَبْلِيغِ
الرِّسَالَةِ، وَقَدْ بَلَغَ نَارَةً بِالْكِتَابَةِ، وَنَارَةً بِاللِّسَانِ.

ثُمَّ الْكِتَابُ عَلَى ثَلَاثٍ أَوْجُو:

إِحْدَاهَا: أَنْ يَكْتُبَ طَلَاقًا، أَوْ عَتَاقًا عَلَى مَا لَا يَسْتَحِبُّ فِيهِ الْخَطُّ كَالْهَوَاءِ
وَالْمَاءِ، فَلَا يَقَعُ بِهِ شَيْءٌ، نَوَى أَوْ لَمْ يَنْوِ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذِهِ الْكِتَابَةِ كَصَوْتِ لَا يَسْتَحِبُّ
فِي حُرُوفٍ، وَلَوْ وَقَعَ الطَّلَاقُ؛ لَوَقَعَ بِمَجَرَّدِ نِيَّتِهِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكْتُبَ طَلَاقَ أَمْرِيهِ عَلَى مَا يَسْتَحِبُّ فِيهِ الْخَطُّ، وَلَكِنْ لَا عَلَى رَسْمِ
كِتَابِ الرِّسَالَةِ، فَهَذَا يُتَوَى فِيهِ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذِهِ الْكِتَابَةِ قَدْ تَكُونُ لِلْإِقْفَاعِ، وَقَدْ تَكُونُ
شَعْرَةً الْخَطِّ، وَالْقَلَمِ، [وَالْبَيَاضِ]^(٢)، فَيُتَوَى فِيهِ حِينَئِذٍ، كَمَا فِي الْأَلْعَاطِ الَّتِي تُشَبِّهُ
الطَّلَاقَ، فَإِنْ كَانَ صَحِيحًا يُبَيِّنُ نِيَّتَهُ بِلِسَانِهِ، وَإِنْ كَانَ أَخْرَسَ يُبَيِّنُ نِيَّتَهُ بِكِتَابِهِ.

وَالثَّلَاثُ: أَنْ يَكْتُبَ عَلَى رَسْمِ كِتَابِ الرِّسَالَةِ طَلَاقَ أَمْرِيهِ، أَوْ عَتَاقَ عَبْدِهِ،

(١) بَطْنُ «أَعْلَامِ الْحَدِيثِ فِي شَرْحِ صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ» لِلْحَطَّابِيِّ [٩٥١/٢].

(٢) مَا بَيْنَ الْمُطَوِّقَيْنِ: رِيَادَةُ مِنْ: «ال» وَ«م» وَ«ف» وَ«ع» وَ«ر». وَهُوَ الْمَوَاقِفُ لِمَا وَقَعَ

فِي: «الْمُسَوِّطِ» لِلرَّخِصِيِّ.

وأما الكتانة فإنها ممن أنى ' سمرة الحطاب ممن دنا، ألا ترى أن
السبي . . . أذى واحب التلبيح مرة بالعبارة وتارة بالكتانة إلى الغيب،
والمحور في حق العائب العترة وهو في حق الآخرس أظهر وألزم.

فيقع الطلاق والعنف بهذا في القصاص

وإن قال: عني به تحريم الحط؛ لا يدين في القصاص؛ لأنه خلاف الظاهر، وهو
نظير ما لو [أورثا] قال في قوله: أنت طالق، عني الطلاق من وثاق، ثم ينظر إلى
المكتوب؛ فإن كان كت: امرأته طالق، فهي طالق^(١)، سواء بعث إليها الكتاب، أو
[أورثا] لم يبعث، وإن كان المكتوب: إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق، مما له
يصل إليها لا يقع الطلاق؛ لأنه علق بالشرط حالة الكتانة، فيعتبر بما لو علقه حالة
العبارة.

وإن نديم^(٢) على ذلك ممحا ذكر الطلاق من كتابه، وترك ما سوى ذلك.
وبعث بالكتاب إليها؛ فهي طالق إذا وصل إليها الكتاب؛ لوجود الشرط، ومحو^(٣)
الطلاق كرجوعه عن التعليق، وإن ممحا الحطوط كلها، وبعث بالبيان إليها، أنه
تطلق؛ لأن الشرط لم يوجد، فإن ما وصل إليها ليس بكتاب، ولو جحد الزوج
الكتاب، وقامت عليه البيضة أنه كتبه بيده؛ فرق بينهما في القصاص؛ لأن الثبت

(١) في (ط): «نأى».

(٢) وقع بالأصل «في لطلاق» والثبت من «ن»، «م»، «و»، «٢٢»، «ع»، «ر» وهو الموافق
وقع في: «المبوط» للسخي.

(٣) وقع بالأصل «في طلاق» والثبت من «ن»، «م»، «و»، «٢٢»، «ع»، «ر» وهو الموافق
وقع في: «المبوط» للسخي.

(٤) وقع بالأصل «وإن لم يدم» وثبت من «ن»، «م»، «و»، «٢٢» وهو الموافق لـ «وقع في: «المبوط»
للسخي

(٥) وقع بالأصل «ومحو» والثبت من «ن»، «م»، «و»، «٢٢»، «ع»، «ر» وهو الموافق لـ «وقع
في: «المبوط» للسخي

وَأَوْزَاقِ الْأَشْجَارِ، فَيُؤَيِّ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُولَةٌ الْكُنْيَاةُ^(١) فَلَا بُدَّ مِنَ الْيَتَةِ.
وَعَبَرُ مُنْتَبِهِينَ كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْهَوَاءِ وَالْمَاءِ، وَهُوَ بِمَنْزِلَةِ كَلَامٍ غَيْرِ مَسْمُوعٍ
فَلَا يَتَّبَعُ بِهِ الْحُكْمُ.

وَأَمَّا الْإِشَارَةُ فَجُعِلَتْ حُجَّةً فِي حَقِّ الْأَخْرَسِ فِي حَقِّ هَذِهِ الْأَحْكَامِ
لِلْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ لِأَنَّهَا مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ وَلَا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ، وَقَدْ تَبَيَّنَ
بِدُونِ اللَّفْظِ. وَالْفَصَاصُ حَقُّ الْعَبْدِ أَيْضًا، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْحُدُودِ لِأَنَّهَا حَقُّ اللَّهِ
تَعَالَى، وَلِأَنَّهَا تَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ، وَلَعَلَّهُ كَانَ مُصَدِّقًا لِلْقَاضِي فَلَا يُحَدُّ لِلشُّبُهَةِ.
وَلَا يُحَدُّ أَيْضًا بِالْإِشَارَةِ فِي الْقَذْفِ لِإِنْعِدَامِ الْقَذْفِ صَرِيحًا وَهُوَ الشَّرْطُ.

❦ فِيمَا يَسْتَدْرِي ❦

أَرَادَ بِالْمَرْسُومِ: الْمُعْتَوَّنُ، وَهُوَ الْمُصَدَّرُ بِالْعُنْوَانِ، وَالْعُنْوَانُ: أَنْ يُكْتَبَ فِي
صَدْرِ الْكِتَابِ: مِنْ فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ [بِنِ فُلَانٍ]^(٢)، إِلَى فُلَانٍ بِنِ فُلَانٍ [بِنِ فُلَانٍ]^(٣).
قَوْلُهُ: (يُؤَيِّ فِيهِ)، أَي: يُطْلَبُ مِنْهُ الْيَتَةُ فِيهِ.

قَوْلُهُ: (بِمَنْزِلَةِ صَرِيحٍ^(١) الْكِتَابَةِ)، أَي: بِمَنْزِلَةِ كُنْيَاةٍ قَوْلِيَّةٍ، كَقَوْلِهِ: أَنْتِ بَاتِنٌ.
قَوْلُهُ: (وَلَا تَخْتَصُّ بِلَفْظٍ دُونَ لَفْظٍ، وَقَدْ تَبَيَّنَ بِدُونِ اللَّفْظِ)، يَعْنِي: أَنَّ هَذِهِ
التَّصَرُّفَاتِ مِنَ السَّكَاحِ، وَالطَّلَاقِ، وَالْبَيْعِ، وَالشَّرَاءِ لَا تَتَعَلَّقُ بِلَفْظٍ خَاصٍّ، بَلْ تَبَيَّنَ
بِالْفَاقِ كَثِيرَةٍ، وَتَبَيَّنَ بِفَعْلٍ بَدَلُ عَلَى الْقَوْلِ، فَكَذَا يَجِبُ أَنْ تَبَيَّنَ بِالْإِشَارَةِ لِحَاجَةِ
الْأَخْرَسِ إِلَى ذَلِكَ، وَكَذَا ظَهَرُ الْقَتْلِ لَا يَخْتَصُّ بِلَفْظٍ خَاصٍّ، فَيَجِبُ أَنْ يَبَيَّنَ
بِالْإِشَارَةِ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «الْكِتَابَةِ».

(٢) مَا بَيْنَ الْمُعْتَوَّنِينَ. رِيَادَةُ مِنْ: الدَّاءِ، وَالْمِيمِ، وَالْهَاءِ، وَالْغَيْنِ، وَالرَّاءِ.

(٣) مَا بَيْنَ الْمُعْتَوَّنِينَ. رِيَادَةُ مِنْ: الدَّاءِ، وَالْمِيمِ، وَالْهَاءِ، وَالْغَيْنِ، وَالرَّاءِ.

(٤) وَقَعَ بِالْأَصْلِ «صَحِيحٌ»، وَالْمَبْنِيُّ مِنْ: «مِ»، وَ«فُلَانٌ»، وَ«غ».

ثُمَّ الْفَرْقُ مِثْلُ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ أَنَّ الْحَدَّ لَا يَثْبُتُ بِبَيِّنٍ بِهِ شُبْهَةٌ، إِلَّا
 إِنْ أَرَادُوا أَنْ يَشْهَدُوا بِالْوُطْءِ الْحَرَامِ أَوْ أَقَرَّ بِالْوُطْءِ الْحَرَامِ لَا يَحْتَبِرُ الْحَدُّ،
 وَلَا يَشْهَدُوا بِالْقَتْلِ الْمُطْلَقِ أَوْ أَقَرَّ بِمُطْلَقِ الْقَتْلِ يَحْتَبِرُ الْقِصَاصُ وَإِنْ لَمْ يُوَحِّدْ
 التَّعْمِيدَ، وَهَذَا لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهِ مَعْنَى الْعَوَاصِيَةِ لِأَنَّهُ شُرْعٌ خَابِرٌ فَخَارٌ
 لَا يَثْبُتُ مَعَ الشُّبْهَةِ كَسَائِرِ الْمُعَاوَضَاتِ الَّتِي هِيَ حَقُّ الْعَبْدِ.

أَمَّا الْحُدُودُ الْخَالِصَةُ لِلَّهِ تَعَالَى فَشُرْعَتْ زَوَاجِرٌ وَلَيْسَ فِيهَا مَعْنَى الْعَوَاصِيَةِ
 وَلَا تَثْبُتُ مَعَ الشُّبْهَةِ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ.

وَذَكَرَ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ أَنَّ الْكِتَابَ مِنَ الْغَائِبِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فِي قِصَاصِ
 يَحْتَبِرُ عَلَيْهِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الْجَوَابُ هُنَا كَذَلِكَ فَيَكُونُ فِيهَا رِوَايَتَانِ،
 وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مُقَارِفًا لِذَلِكَ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْوُصُولَ إِلَى نُطْقِ الْغَائِبِ فِي الْجُمْلَةِ
 يَتِمُّ أَهْلِيَّةَ النُّطْقِ، وَلَا كَذَلِكَ الْآخَرُسُ لِتَعَذُّرِ الْوُصُولِ إِلَى النُّطْقِ لِلْإِقْرَارِ
 نَسْبَةٍ، وَذَلِكَ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْإِشَارَةَ مُعْتَبَرَةٌ وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكِتَابَةِ،
 يَخْلَفُ مَا تَوَهَّمَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ [لَا] تُعْتَبَرُ الْإِشَارَةُ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكِتَابَةِ،

بجاية العبارة

قَوْلُهُ: (فَيَكُونُ فِيهَا رِوَايَتَانِ)، أَيُّ: فِي مَسْأَلَةِ الْآخَرُسِ، عَلَى الْإِعْتِبَارِ: رِوَايَةُ
 كِتَابِ «الْبَحَامِصِ الصَّغِيرِ»: يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ بِالْكِتَابَةِ، وَعَلَى رِوَايَةِ كِتَابِ الْإِقْرَارِ
 مِنَ الْغَائِبِ: لَا يَجِبُ عَلَى الْآخَرُسِ الْقِصَاصُ بِالْكِتَابَةِ.

وَقَالَ بَعْضُهُمْ: «فِيهِمَا». بِضَمِيرٍ^(١) الشُّبْهَةِ، أَيُّ: فِي الْآخَرُسِ، وَالْغَائِبِ غَيْرِ
 الْآخَرُسِ، وَذَلِكَ [١٥٧٥/٢] لَيْسَ بِشَيْءٍ، لِأَنَّهُ لَمْ تَثْبُتِ الرِّوَايَتَانِ فِي الْغَائِبِ، بَلْ فِيهِ
 رِوَايَةُ كِتَابِ الْإِقْرَارِ فَحَسْبُ: وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ بِالْكِتَابَةِ.

(١) ليس في الأصل.

(٢) وقع بالأصل، «صغير»، والنسب من: ١٥٧٥، و١٥٧٦، و١٥٧٧، و١٥٧٨، و١٥٧٩.

لأنَّ حُجَّةَ ضَرُورِيَّةٍ، وَلَا ضَرُورَةَ؛ لَأنَّه جَمَعَ بَيْنَهُمَا هُنَا فَقَالَ: أَشَارَ أَوْ كَتَبَ.
وَأَيْمًا اسْتَوَيْنَا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَهِيَ الْكِتَابَةُ^(١) زِيَادَةُ بَيَانٍ لَمْ
يُوجَدِ فِي الْإِشَارَةِ، وَفِي الْإِشَارَةِ زِيَادَةُ أَثَرٍ لَمْ يُوَجَدِ فِي الْكِتَابِ لَمَّا أَنَّهُ أَقْرَبُ
إِلَى النَّطْقِ مِنْ أَثَارِ الْأَقْلَامِ فَاسْتَوَيْنَا وَكَذَا الَّذِي صَمَتَ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ لِعَارِضٍ
لَمَّا بَيَّنَّا فِي الْمُعْتَقَلِ لِسَانَهُ أَنَّ آلَةَ النَّطْقِ قَائِمَةٌ، وَقِيلَ هَذَا تَفْسِيرٌ لِمُعْتَقَلِ اللَّسَانِ.

﴿عَمَدُ السَّارِ﴾

قَوْلُهُ: (لَأنَّ جَمَعَ هُنَا بَيْنَهُمَا)، أَي: جَمَعَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» بَيْنَ الْإِشَارَةِ
وَالْكِتَابَةِ، وَهَذَا دَلِيلٌ لِقَوْلِهِ: (وَدَلَّتِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى أَنَّ الْإِشَارَةَ مُعْتَبَرَةٌ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا
عَلَى الْكِتَابَةِ).

وَلَنَا فِي دَعْوَى الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا نَظَرٌ؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: «وَإِذَا كَانَ
الْأَخْرَسُ يَكْتُبُ أَوْ يَوْمِي»^(٢). وَكَلِمَةُ «أَوْ» لِأَحَدِ الشَّيْئَيْنِ، لَا لِلْجَمْعِ.
عَلَى أَنَّا نَقُولُ: قَالَ فِي «الْأَصْلِ»: «وَإِنْ كَانَ الْأَخْرَسُ لَا يَكْتُبُ، وَكَانَتْ لَهُ
إِشَارَةٌ تُعَرِّفُ فِي نَكَاحِهِ، وَطَلَاقِهِ، وَشِرَائِهِ، وَبَيْعِهِ؛ فَهُوَ جَانِبٌ»^(٣).

فَيُعْلَمُ مِنْ إِشَارَةِ رَوَايَةِ «الْأَصْلِ»: أَنَّ الْإِشَارَةَ مِنَ الْأَخْرَسِ لَا تُعْتَرِضُ مَعَ الْقُدْرَةِ
عَلَى الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهُ تَيَّنَ حُكْمَ إِشَارَةِ الْأَخْرَسِ بِشَرْطِ أَلَّا يَكْتُبَ، فَافْتَهَمَ.

قَوْلُهُ: (وَكَذَا الَّذِي صَمَتَ [يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ])، أَي: الَّذِي صَمَتَ^(٤) يَوْمًا أَوْ
يَوْمَيْنِ بَعَارِضٍ مِنَ الْعَوَارِضِ، فَأَشَارَ بِرَأْيِهِ، أَوْ كَتَبَ؛ لَا يَقُومُ ذَلِكَ مَقَامَ النَّطْقِ؛
لَأنَّهُ لَمْ يَقَعْ الْيَأْسُ عَنِ النَّطْقِ كَمَا فِي مُعْتَقَلِ اللَّسَانِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: (لَمَّا بَيَّنَّا فِي
الْمُعْتَقَلِ لِسَانَهُ)، وَقِيلَ: هَذِهِ تَفْسِيرٌ لِمُعْتَقَلِ اللَّسَانِ. كَذَا قَالَ فَحَرُّ الْإِسْلَامِ الْبَرْذَوِيُّ

(١) فِي الْأَصْلِ: «الْكِتَاب».

(٢) يَنْظُرُ: «الْجَامِعُ الصَّغِيرُ» مَعَ شَرْحِهِ الْبَاصِعِ الْكَبِيرِ [ص/٥٣٣].

(٣) يَنْظُرُ: «الْأَصْلُ» الْمَعْرُوفُ بِالْمَبْسُوطِ [٤/٥١٧ / طَبْعَةٌ - وَرَارَةُ الْأَوْفَاتِ الْفَطْرِيَّةِ].

(٤) مَا بَيْنَ الْمُعْتَقَلَيْنِ زِيَادَةُ مِثْلِ: «وَأَوْ»، «وَأَوْ»، «وَأَوْ»، «وَأَوْ».

وَإِذَا كَانَ الْغَنَمُ مَذْبُوحَةً، وَفِيهَا مَيْتَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ؛ تَحَرَّى فِيهَا وَأَكَلَ، وَإِنْ كَانَتْ الْمَيْتَةُ أَكْثَرَ، أَوْ كَانَا نِصْفَيْنِ؛ لَمْ يَأْكُلْ وَهَذَا إِذَا كَانَتْ

﴿ عليه السلام ﴾

فِي «شرح الجامع الصغير» حَيْثُ قَالَ فِيهِ: «وَهُوَ تَأْوِيلُ مَا سَبَقَ ذِكْرُهُ فِي الَّذِي اعْتُقِلَ ٨١/٣٥٤ | لِسَانُهُ».

قَوْلُهُ: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ الْغَنَمُ مَذْبُوحَةً، وَفِيهَا مَيْتَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ؛ تَحَرَّى فِيهَا وَأَكَلَ، وَإِنْ كَانَتْ الْمَيْتَةُ أَكْثَرَ، أَوْ كَانَا نِصْفَيْنِ؛ لَمْ يَأْكُلْ)، أَي: قَالَ فِي «الجامع الصغير»^(١).

قَالُوا فِي «شرح الجامع الصغير»: هَذَا فِي حَالِ الْإِخْتِيَارِ، وَهُوَ أَنَّهُ يَجِدُ ذَكِيَّةً أُخْرَى بَيِّقِينَ.

فَأَمَّا فِي حَالِ الضَّرُورَةِ: وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَجِدُ ذَكِيَّةً أُخْرَى بَيِّقِينَ، فَيَتَحَرَّى بِكُلِّ حَالٍ، سِوَاهُ أَكَانَتْ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ، أَوْ كَانَتْ الْمَيْتَةُ أَكْثَرَ، أَوْ كَانَتَا سَوَاءً؛ لِأَنَّ الْمَيْتَةَ تَجِلُّ عِنْدَ الضَّرُورَةِ، فَالْمَخْتَلِطُ أَوَّلَى، وَلَكِنْ لَا يَأْكُلُ مِنْ غَيْرِ التَّحَرِّيِّ؛ لِأَنَّ التَّحَرِّيَّ قَدْ يَصْلُحُ دَلِيلَ الْوُصُولِ إِلَى الْحَلَالِ، فَلَمْ يَصَحَّ تَرْكُهُ بِلَا ضَرُورَةٍ.

وَأَمَّا فِي حَالَةِ الْإِخْتِيَارِ: فَيَجُوزُ التَّحَرِّيُّ عِنْدَ غَلَبَةِ الْحَلَالِ لَا غَيْرُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: فِي حَالَةِ الْإِخْتِيَارِ لَا يَجُوزُ الْأَكْلُ^(٢)؛ لِأَنَّ التَّحَرِّيَّ دَلِيلُ ضَرُورِيٍّ، وَلَا ضَرُورَةَ فِي حَالَةِ الْإِخْتِيَارِ؛ وَلِهَذَا لَا يَتَحَرَّى بِالِاتِّفَاقِ عِنْدَ غَلَبَةِ الْحَلَالِ^(٣)، وَاسْتِوَاءِ الْحَلَالِ مَعَ الْحَرَامِ.

وَلَنَا: أَنَّ غَلَبَةَ الْحَلَالِ تَقُومُ مَقَامَ الضَّرُورَةِ فِي إِفَادَةِ الْإِبَاحَةِ، فَكَمَا أَنَّ فِي

(١) بَطْنُ «الجامع الصغير» مع شرحه النافع الكبير [ص/٥٣٤]

(٢) يَطْرُقُ «النَّهْيُ» فِي هَذِهِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ لِلْحَرِيِّ [١/١٦٧]. وَ«الْوَسِيطُ» فِي الْمَدَامِ لِلْعَرَالِيِّ [١/٢١٦]. وَ«الْحَمْدُ الْوَهَّاجُ» فِي شَرْحِ الْمَسْأَلَةِ لِلذَّمِيرِيِّ [١/٢٥٢].

(٣) رَفَعَ بِالْأَصْلِ «الْحَرَامُ» - وَالْمَشْتَرِكُ مِنْ: «مَدَامِ»، «مَدَامِ»، «مَدَامِ»، «مَدَامِ».

الْحَاثَةِ حَالَةَ الْإِخْتِيَارِ. أَمَّا فِي حَالِهِ الضَّرُورَةِ يَحِلُّ لَهُ التَّنَاوُلُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.
لِأَنَّ الْمَيْتَةَ الْمُتَيَقِّنَةَ تَحِلُّ لَهُ فِي حَالَةِ الضَّرُورَةِ، فَالَّتِي نَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ ذَكِيَّةً

غاية البيان

حَالَةَ الضَّرُورَةِ يُبَاحُ الْمَيْتَةُ، فَكَذَلِكَ يُبَاحُ التَّنَاوُلُ عِنْدَ غَلَبَةِ الْحَلَالِ عَلَى الْحَرَامِ،
لِأَنَّ لِلْغَالِبِ حُكْمَ الْكَفْلِ؛ لِأَنَّ الْقَلِيلَ لَا يُمَكِّنُ الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ، وَكُلُّ قَلِيلٍ لَا يُمَكِّنُ
الْإِحْتِرَازَ عَنْهُ؛ فَهُوَ عَقْرٌ كَمَا فِي السَّجَاسَةِ الْقَلِيلَةِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ اشْتَرَى بَحْمًا أَوْ خُبْزًا مِنْ أَسْوَاقِ الْمُسْلِمِينَ؛ يَحِلُّ لَهُ التَّنَاوُلُ
مِنْ غَيْرِ سَوَالٍ؛ اعْتِبَارًا لِلْعَبَثَةِ، دَفْعًا لِلخَرْجِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَحِلُّو أَسْوَاقِ الْمُسْلِمِينَ
عَنْ حَرَامٍ، بَأَنَّهُ يَكُونُ ذَلِكَ مَسْرُوقًا أَوْ مَغْصُوبًا.

وكَذَلِكَ مَنْ كَانَتْ لَهُ أُخْتُ رِضَاعِيَّةٌ فِي مِصْرٍ، وَهُوَ لَا يَعْرِفُهَا؛ جَازَتْ
مَنَاجِحَتُهُ فِي ذَلِكَ الْمِصْرِ؛ لِعَلَبَةِ الْحَلَالِ، أَوْ لِعُمُومِ الْبَلَوَى، فَكَذَلِكَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ،
إِلَّا أَنَّهُ لَمَّا عَلِمَ بِالْحَرَامِ فِي الْأَعْمَامِ، لَا يَأْكُلُ مِنْ غَيْرِ التَّحَرِّيِ؛ لِأَنَّ التَّحَرِّيَّ يَضُحُّ
دَلِيلًا لِإِصَابَةِ الْحَقِّ، فَعِنْدَ الْعِلْمِ بِالْحَرَامِ [٣/٥٧٥هـ] لَمْ يَجُزْ تَرْكُ التَّحَرِّيِ، بِخِلَافِ
مَا إِذَا كَانَتْ الْغَلَبَةُ لِلْحَرَامِ، أَوْ كَانَا سَوَاءً؛ لِأَنَّهُ لَا صَرُورَةَ حِينَئِذٍ، لِأَنَّ الْحَالَ حَالُ
الْإِخْتِيَارِ؛ لِأَنَّهُ يَجِدُ ذَكِيَّةً أُخْرَى بَيِّنِينَ.

وَقَالَ لِإِمَامٍ ظَهِيرُ الدِّينِ إِسْحَاقُ الْوَلَوَالِجِيُّ فِي «فَتَاوَاهُ»: «إِذَا كَانَ لَرَجُلٍ
مَسَالِيخُ غَنَمٍ، فَاحْتَلَطَ بِهَا ذَبِيحَةُ مَجُوسِيٍّ، أَوْ مَيْتَةٌ؛ لَمْ يَنْدِرْ أَبْتِهَانٌ هِيَ، إِنْ كَانَتْ
الْغَلَبَةُ لِلذَّكِيَّةِ، أَوْ الْمَيْتَةِ، أَوْ اسْتَوَيَا [٨/٢٥٤هـ م.]، [إِنْ] ^(١) كَانَ فِي حَالِهِ الْإِضْطِرُّ،
وَهُوَ أَلَّا يَجِدَ ذَكِيَّةً أُخْرَى، وَاضْطُرَّ إِلَى الْأَكْلِ؛ تَحَرَّى لِلأَكْلِ فِي الْوَجْهِ الدَّلَالَةِ.
لِأَنَّ أَكْلَ الْمَيْتَةِ بَيِّنِينَ يُبَاحُ حَالَةَ الْإِضْطِرَارِ، فَبِالتَّحَرِّيِ أَوْلَى.

(١) مَا بَيْنَ الْمَعْفُوفَيْنِ: زَادَ مِنْ: «ن»، «م»، «ه»، «و»، «ز». وَهُوَ الْمَوَافِقُ بَيْنَ وَقَعِ
فِي: «الْفَتَاوَى الْوَلَوَالِجِيَّة».

أَزَلَى، غَيْرَ أَنَّهُ يَتَحَرَّى لِأَنَّهُ طَرِيقٌ يُوَصِّلُهُ إِلَى الذَّكِيَّةِ فِي الْحُمْلَةِ فَلَا يَتْرُكُهُ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ.

غاية البيان

وَأَمَّا فِي حَالَةِ الْاِخْتِبَارِ: وَهُوَ أَنْ يَجِدَ ذَكِيَّةً أُخْرَى بَيِّقِينَ، إِنْ كَانَتْ الْعَلْبَةُ لِلذَّكِيَّةِ يَتَحَرَّى، فَيُلْقِي مَا يَظُنُّ أَنَّهُ حَرَامٌ، وَيَأْكُلُ الْبَقِيَّةَ وَإِنْ كَانَ يَجِدُ ذَكِيَّةً أُخْرَى بَيِّقِينَ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَ النَّاسِ لَا تَخْلُو عَنْ قَلِيلٍ حَرَامٍ، فَلَوْ لَمْ يَحْزِرِ الْاِئْتِفَاعُ بِالتَّحَرِّيِ؛ لَأَدَّى إِلَى تَعْطِيلِ أُمُورِ النَّاسِ، فَيُؤَدِّي إِلَى حَرَجٍ عَظِيمٍ.

وَإِنْ كَانَتْ الْعَلْبَةُ لِلْمَيْتَةِ، أَوْ اسْتَوَى؛ لَمْ يَتَحَرَّ بِشَيْءٍ مِنْهَا إِلَّا بِعَلَامَةٍ يُعْرَفُ بِهَا الْحَلَالُ؛ لِأَنَّ الْحَرَامَ مَعَ الْحَلَالِ إِذَا اجْتَمَعَا غَلَبَ الْحَرَامُ الْحَلَالَ، إِلَّا أَنَّا تَرَكْنَا الْقِيَاسَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْعَلْبَةُ لِلْحَلَالِ؛ دَفْعًا لِلْحَرَجِ، وَلَوْ أَخَذْنَا بِالْقِيَاسِ فِي هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ؛ لَأَدَّى إِلَى الْحَرَجِ؛ لِأَنَّ أَمْوَالَ النَّاسِ لَا تَخْلُو مِنْ [أَنْ يَكُونَ] ^(١) الْأَكْثَرُ حَرَامًا، أَوْ النِّصْفُ حَرَامًا.

ثُمَّ الْعَلَامَةُ الَّتِي يُعْرَفُ بِهَا الْحَلَالُ قَالُوا:

مِنْ الْعَلَامَةِ: أَنَّ الْمَيْتَةَ إِذَا أَلْقِيَتْ ^(٢) فِي الْمَاءِ؛ تَطْفُو فَوْقَ الْمَاءِ؛ لِمَا بَقِيَ فِيهَا مِنْ الدَّمِ، وَالذَّكِيَّةُ لَا.

وَالْأَصَحُّ: أَنَّ عِلَامَةَ الذَّكَاءِ أَنْ تَكُونَ أَوْدَاجُهُ خَالِيَةً عَنِ الدَّمِ، وَعِلَامَةُ الْمَيْتَةِ: امْتِلَاءُ أَوْدَاجِهِ مِنَ الدَّمِ، وَقَدْ قَالُوا فِيهِ أَشْيَاءٌ، وَالْأَصَحُّ مَا ذَكَرْنَا.

وَكَذَا الزَّيْتُ إِذَا اخْتَلَطَ مَعَ ذَلِكَ الْمَيْتَةِ، أَوْ شَحِمَ الْخَنَزِيرِ بِمِثْلِهِ، أَوْ أَكْثَرُ مِنْهُ؛ لَمْ يَبْتَاعَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَلَا يُبَاعَ، وَلَا يُسْتَصْبَحُ بِهِ، وَلَا يُدْهَنُ، وَلَا

(١) مَا بَيْنَ الْمُعْقُولَيْنِ: زِيَادَةُ مِ: «ن»، وَدَمَ، وَالْمَاءُ، وَدَعُ وَهُوَ الْمَوَاقِفُ لِمَا وَقَعَ فِيهِ «الْعِتَائِي» الْوُثُولُ الْعَيْتَةُ.

(٢) وَقَعَ بِالْأَصْلِ: «أَنْ الْمَيْتَ إِذَا أَلْقِيَ»، وَالْمَيْتُ مِ: «ن»، وَدَمَ، وَدَعُ، وَدَعُ، وَدَعُ وَهُوَ الْمَوَاقِفُ لِمَا وَقَعَ فِيهِ: «الْعِتَائِي» الْوُثُولُ الْعَيْتَةُ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَحُوزُ الْأَكْلُ فِي حَالَةِ الْإِخْتِيَارِ وَإِنْ كَانَتْ الْمَذْبُوحَةُ أَكْثَرَ لِأَنَّ التَّحَرِّيَ دَلِيلُ ضَرُورِيٍّ فَلَا يُصَارُ إِلَيْهِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، وَلَا صَرُورَةٍ لِأَنَّ الْحَالَةَ حَالَةُ الْإِخْتِيَارِ.

غاية النيهال

يُذْبَعُ جِلْدُ يَدَيْهِ؛ لِأَنَّهُ كَأَنَّهُ وَدَكَ الْمَيْتَةِ، أَوْ شَحْمُ الْخِنْزِيرِ، فَلَا يُنْتَفَعُ بِهِ عَلَى حَالٍ، وَإِنْ كَانَتِ الْعَلَبَةُ لِلزَّيْتِ لَا يَجِلُّ الْأَكْلُ، وَيَجِلُّ مَا عدا ذَلِكَ، بَأَنَّهُ يُسْتَصْبَحُ بِهِ، وَيَبْعَثُهُ بِشَرَطِ أَنْ يُبَيِّنَ عَيْتُهُ، وَيُذْبَعُ بِهِ الْجُلُودَ، وَيَغْسِلَهَا؛ لِأَنَّ لِمَغْلُوبَ تَبِعَ لِلغَالِبِ، وَلَا حُكْمَ لِلتَّبَعِ^(١).

وَقَالَ أَيْضًا: «رَجُلٌ فِي سَفَرٍ وَمَعَهُ ثِيَابٌ، إِنْ كَانَتِ الْعَلَبَةُ لِلطَّاهِرِ، أَوْ لِلنَّجَسِ، أَوْ اسْتَوَتْ؛ فَفِي حَالَةِ الْاضْطِرَارِ، بَأَلَّا يَجِدَ ثَوْبًا طَاهِرًا بَيِّقِينَ، وَاحْتَاجَ إِلَى الصَّلَاةِ، وَلَيْسَ مَعَهُ مَا يَغْسِلُهُ؛ يَتَحَرَّى فِي الْوُجُوهِ الثَّلَاثَةِ؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ بِثَوْبٍ نَجَسٍ بَيِّقِينَ جَائِزٌ حَالَةُ الْاضْطِرَارِ بِالْإِجْمَاعِ، فَلَأَنَّهُ يَحُوزُ فِي ثَوْبٍ شَكٍّ فِي نَجَاسَتِهِ وَطَهَارَتِهِ أَوَّلَى.

وَفِي حَالَةِ الْإِخْتِيَارِ: وَهُوَ أَنْ يَجِدَ ثَوْبًا طَاهِرًا بَيِّقِينَ؛ فَفِي الْوُجُوهِ الْأَوَّلِ: يَتَحَرَّى [٣٥٥/٨]، وَفِي الْوُجُوهِ الثَّانِي والثَّالِثِ: لَا يَتَحَرَّى، وَكَانَ الْجَوَابُ فِيهِ كَالْجَوَابِ فِي الْمَسَالِيخِ.

وَإِذَا وَقَعَ تَحَرُّيهِ عَلَى ثَوْبَيْنِ عَلَى أَنَّ أَحَدَهُمَا هُوَ الطَّاهِرُ، فَصَلَّى فِيهِ الظُّهْرَ، ثُمَّ وَقَعَ أَكْبَرُ رَأْيِهِ عَلَى الْآخَرِ أَنَّهُ هُوَ الطَّاهِرُ، فَصَلَّى فِيهِ الْعَصْرَ؛ لَمْ يَجْزِ الْعَصْرُ؛ لِأَنَّا مَتَى حَكَمْنَا بِطَهَارَةِ الثَّوْبِ الثَّانِي بِالرَّأْيِ الثَّانِي: إِمَّا أَنْ نَحْكُمَ [٣٥٦/٣] [بَطَهَارَتِهِ]^(٢) مِنَ الْأَصْلِ، أَوْ بِطَهَارَتِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ مِنْ وَقْتِ الْعَصْرِ، وَنَجَاسَتِهِ فِيمَا مَضَى.

(١) بَطَر «الْفَتَاوَى الرَّئُوسِيَّة» [٣٥٥/٢]

(٢) مَا بَيْنَ الْمَعْقُوفَتَيْنِ 'زِيَادَةٌ مِنْ: «ن»، «م»، «ل»، «ع»، «و»، «ر». وَهُوَ الْمَوْقِفُ لِمَا وَقَعَ فِي 'الْفَتَاوَى الرَّئُوسِيَّة'.

وَلَمَّا أَنَّ الْعَلَبَةَ تَنْزِلُ مَنَزِلَةَ الصَّرُورَةِ فِي إِقَادَةِ الْإِبَاحَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ أَسْوَاقَ الْمُسْلِمِينَ لَا تَخْلُو عَنْ الْمُحَرَّمَ الْمَسْرُوقِ وَالْمَغْصُوبِ وَمَعَ ذَلِكَ يُبَاحُ التَّسَاوُلُ

﴿ عِبَادَةُ اللَّهِ ﴾

لَا وَجْهَ إِلَى الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ يَظْهَرُ أَنَّ الثَّوْبَ الَّذِي آدَى فِيهِ الطُّهْرَ نَجَسٌ، قَسَتْقُصْرٌ آدَى مِنَ الطُّهْرِ، فَكَانَ الْعَمَلُ بِالرَّأْيِ الثَّانِي نَقْضًا لِمَا أَمَّصَاهُ مِنَ الرَّأْيِ الْأَوَّلِ.

وَلَا وَجْهَ إِلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّ نَجَاسَةَ الثَّانِي أَمْرٌ حَقِيقِيٌّ، لَا يَحْتَمِلُ التَّاقِيتَ، بِحَلَابِ الْقِبْلَةِ؛ لِأَنَّ حَقِيقَتَهُ أَمْرٌ شَرْعِيٌّ قَابِلٌ لِلتَّوْقِيتِ، فَأَمَكَّنَّا تَوْقِيتَ حَقِّقَةٍ^(١) مَا مَضَى بِالرَّأْيِ الْأَوَّلِ إِلَى وَقْتِ الرَّأْيِ الثَّانِي.

وَكَذَلِكَ عَلَى هَذَا: لَوْ صَلَّى الطُّهْرَ بِالْأَوَّلِ، وَالْعَصْرَ بِالثَّانِي، وَالْمَغْرِبَ بِالْأَوَّلِ، وَالْعِشَاءَ بِالثَّانِي، فَمَا صَلَّى فِي الثَّوْبِ الْأَوَّلِ جَائِزٌ، وَمَا صَلَّى فِي الثَّوْبِ الثَّانِي لَا يَجُوزُ، فَإِنْ اسْتَيْقَنَ أَنَّ الثَّوْبَ الَّذِي صَلَّى فِيهِ الطُّهْرَ هُوَ النَّجَسُ؛ أَعَادَ صَلَاةَ الطُّهْرِ، وَأَجْزَأَتُهُ الْعَصْرُ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ لَهُ الْخَطَأُ بَيِّنِينَ فِيمَا يُمَكِّنُ الْوُقُوفَ عَلَيْهِ فِي الْجُمْلَةِ، هَذَا إِذَا تَحَرَّى.

بِإِنْ لَمْ يَخْصُرْهُ التَّحَرِّيُّ، وَلَكِنَّهُ أَخَذَ ثَوْبَيْنِ فَصَلَّى فِي أَحَدِهِمَا الطُّهْرَ، وَفِي الْآخَرِ الْعَصْرَ، هَذَا وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمُسْلِمِ مَحْمُولٌ عَلَى الصُّحَّةِ مَا لَمْ يَبْرُكْ الْمَسَادُّ، وَيُجْعَلُ كَأَنَّ الطَّاهِرَ هُوَ الثَّوْبُ الْأَوَّلُ، وَهَذَا إِذَا اشْتَبَهَ عَلَيْهِ النَّجَسُ مِنَ الطَّاهِرِ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَشْتَبِهْ، وَعِنْدَهُ^(٢) أَنَّهُمَا طَاهِرَانِ، فَصَلَّى وَهُوَ سَاهِي فِي أَحَدِهِمَا الطُّهْرَ، وَفِي الْآخَرِ الْعَصْرَ، وَفِي الْأَوَّلِ الْمَغْرِبَ، وَ[فِي]^(٣) الثَّانِي الْعِشَاءَ، ثُمَّ نَظَرَ

١ - رُفِعَ بِالْأَصْلِ «حَقِيقَةً». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «و»، «ي»، «ع»، «ر». وَهُوَ الْمَوَاقِفُ لِمَا وَقَعَ فِي السَّحَةِ الْحَطْبَةِ مِنْ: «الْعَتَاوِيُّ الْوَلَوُ الْجَيَّة» [ق ١٤٩ / ١] - مَحْطُوطٌ فِيضُ اللَّهِ أَفْدي - تَرْكِبًا - رُفِعَ الْحَطْبُ. ١٠٦٨.]

٢ - رُفِعَ بِالْأَصْلِ «وَعِنْدَهُ». وَالْمَثْبُوتُ مِنْ: «ن»، «م»، «و»، «ي»، «ع»، «ر». وَهُوَ الْمَوَاقِفُ لِمَا وَقَعَ فِي: «الْعَتَاوِيُّ الْوَلَوُ الْجَيَّة».

٣ - مَا مِنْ الْمُعْقُوفَتَيْنِ، رِيَادَةُ مِنْ: «ن»، «م»، «و»، «ي»، «ع»، «ر». وَهُوَ الْمَوَاقِفُ لِمَا رُفِعَ =

اعتماداً على الغالب، وهذا لأن القليل لا يمكن الاختيار عنه ولا يستطع الإمتناع منه فسقط اعتبارُهُ دفعاً للخروج كقليل النجاسة وقليل الإنكشاف، بخلاف ما إذا كانا يصفين أو كانت الميئة أغلب لأنه لا ضرورة فيه، والله السوفق للصواب، وإليه المرجع والمآب.

في غايه لبيان

فإذا في أحدهما قدر لا يدرى أهو الآخر أم الأول؛ فصلاة الظهر والمغرب جائزة، وصلاة العصر والعشاء فاسدة، كما لو اشتبهت عليه وتحري وصى.

وأما الأواني: فلو أن رجلاً كان في سفره ومعه ثلاثة أوانٍ في كل إناء ماء، وكانت العلقة للطاهر، أو النجس، أو كانا سواء، فإن كانت العلقة للطاهر: يجوز التحري في حالة الاختيار والاضطرار في حق الشرب والتوضؤ، كما في المساليج يحور التحري في الحالتين للأكل والبيع جميعاً.

وفي الوجه الثاني والثالث: لا يتحري في حالة الاختيار في الحكمين، كما في [٨٥٥] المساليج، وفي حالة الاضطرار يتحري للشرب بالإجماع؛ لأن شرب الماء النجس يبقين حالة الاضطرار جائز، فشرب الماء المشكوك أولى كما في المساليج، ولا يتحري للوضوء عندنا؛ لأنه وقع الشك في جواز الوضوء والتيمم، فاستوتيا.

فنقول: التيمم أولى؛ لأن التيمم إن لم يفد له الطهارة بيقين لا يوجب نجاسة الأعضاء بيقين، والوضوء [لا يفد له الطهارة بيقين] ^(١) وعسى أن يوجب نجاسة الأعضاء، فكان اعتبار التيمم أولى، فيتيمم، لكن إن أراق الماء، ثم تيمم كان أولى؛ ليكون عادماً للماء الطهور، وإن لم يرق أجزاءه؛ لأنه عديم للماء الطهور حكماً.

في: «الفتاوى الوترية»

(١) ما بين المعقولتين: زيادة من: ٤٢٥، وهو الموافق لما وقع في: «الفتاوى الوترية»

وَحُكِّيَ عَنِ الطَّحَاوِيِّ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ: يَخْلُطُ الْجَسَدُ بِالطَّاهِرِ حَتَّى يَكُونَ عَادِمًا
مِنْ صُورِهِ وَيَقْبَلُ الْمَاءَ لَهُ حَتَّى يَشْرَبَهُ إِنْ احتَاجَ إِلَى شُرْبِهِ^(١)، وَاللَّهُ تَعَالَى

عَلَيْهِ السَّلَامُ نَكَبُ بِعَوْنِ الْمَلِكِ الْوَهَّابِ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ الَّذِي جَاءَ
بِحَقِّهِ وَنُصُوبٍ، وَعَلَى آلِهِ وَذُرِّيَّتِهِ وَالْأَصْحَابِ، وَسَلِّمْ وَكَرَّمْ تَسْلِيمًا.

إِنَّمَا خَدَّ اللَّهُ الْعَزِيزُ الْمُتَوَقِّعُ لِعَبْدِهِ عَلَى بُلُوغِ آمَالِهِ، وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى
مُصْطَفَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ، وَعَلَى أَزْوَاجِهِ أَهْلَاتِ الْمُؤْمِنِينَ، وَمُجِيبِهِ أَجْمَعِينَ.

يَقُولُ الْعَبْدُ الضَّعِيفُ أَبُو حَنِيفَةَ قِوَامُ الدِّينِ أَمِيرُ كَاتِبِ بْنِ أَمِيرِ عُمَرَ الْعَمِيدِ
دَرْجِي الْأَتَقَانِيِّ: هَذَا آخِرُ «غَايَةِ الْبَيَانِ نَادِرَةِ الزَّمَانِ فِي آخِرِ الْأَوَانِ فِي شَرْحِ كِتَابِ
يَهْدِيهِ لِلْإِمَامِ الْمُحَقِّقِ النُّخْرِيِّ، الْعَلَمَةِ الْكَبِيرِ: بُرْهَانَ الدِّينِ عَلِيِّ بْنِ أَبِي بَكْرٍ
عَبْدِ الرَّشْدَانِيِّ الْمَرْغِيْنَانِيِّ، تَعَمَّدَهُ اللَّهُ تَعَالَى بِأَنْوَارِ رَحْمَتِهِ، وَأَضْوَاءِ مَغْفِرَتِهِ.

وَيَرْحَمُ اللَّهُ عَبْدًا قَالَ آمِينَ^(٢)

وَجَهَدْتُ فِيهِ وَاجْتَهَدْتُ، وَلَمْ أَلْ فِي إِفَادَةٍ مَا اسْتَفْذْتُ، وَشَرَحْتُ مُشْكَلَاتِهِ،
وَحَسْتُ مُفْصَلَاتِهِ، وَبَيَّنْتُ فِي كُلِّ بَابٍ مَا يَحْتَاجُ مِنْهُ إِلَى الْبَيَانِ، فَلَيْسَ الْخَبْرُ
بَعِيدًا. بِمَنْقُولٍ شَافٍ، وَمَعْقُولٍ كَافٍ، مَعَ اعْتِرَاضَاتٍ بِتَحْقِيقٍ، وَإِبْرَازِ أَسْوَاقِ
أَحْوَالِ مُتَذَقِّقٍ، تَارِكًا لِلتَّقْلِيدِ جَانِبًا، وَلِصَاحِبِهِ خَائِبًا، وَهُوَ كَمَا قِيلَ: إِنْ كَانَ
خَلَالُ أُمَّ فَالتَّقْلِيدُ أُمَّ، فَلَا جَزَمَ أَنَّ الْجَاهِلَ يَوْمُهُ.

محرر: «معدى البرهان» [٢٥٥/٣ - ٢٥٧]

محرر: «معدى البرهان» [٢٥٥/٣ - ٢٥٧]

محرر: «معدى البرهان» [٢٥٥/٣ - ٢٥٧]

محرر: «معدى البرهان» [٢٥٥/٣ - ٢٥٧]

﴿عَلَامَةُ الْبُيُوتِ﴾

وَبَقِيَتْ فِيهِ مُدَّةٌ مِنْ سَنِينَ، طَوْرًا عَلَى الشَّدَّةِ وَطَوْرًا عَلَى اللَّيْنِ، بَعْدَ اللَّتَا
وَالَّتِي مِنْ عَضْرِ كِلَابِ الدَّهْرِ، وَنَهَشِ حَيَاتِ الْعَصْرِ، نَفَى اللَّهُ تَعَالَى عَنْ وَجْهِ
الْأَرْضِ، فِي الطُّولِ وَالْعَرْضِ، كُلَّ خَبِيثٍ مُؤْذِي، وَوَسَّمَهُ بِاسْمِ الْمُودِيِّ^(١).

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ تَعَالَى عَلَى سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ مَا طَلَعَتِ النُّجُومُ الشَّارِقَةُ، وَأَقْلَبَتِ
الْغَارِبَةُ [٢/٣٥٦/٨]، فَحَمْدًا لَهُ ثُمَّ حَمْدًا، بَدْءًا وَعَوْدًا.

قَالَ الْمُصَنِّفُ: وَكَانَ افْتِتَاحُ شَرْحِنَا بِالْقَاهِرَةِ غُرَّةَ شَهْرِ رَبِيعِ الْآخِرِ مِنْ سَنَةِ
إِحْدَى وَعِشْرِينَ وَسَبْعَ مِائَةٍ، وَبَعْضُهُ عُمِلَ بِالْعِرَاقِ وَأَرَانَ^(٢)، فِي زَمَنِ السُّلْطَانِ أَبِي
سَعِيدٍ^(٣)، نَوَّرَ اللَّهُ قَبْرَهُ، وَبَرَّدَ مَضْجَعَهُ، وَكَثَّرَهُ عُمِلَ بِبَغْدَادَ، وَكُرَّاسَاتُ مَعْدُودَةٍ

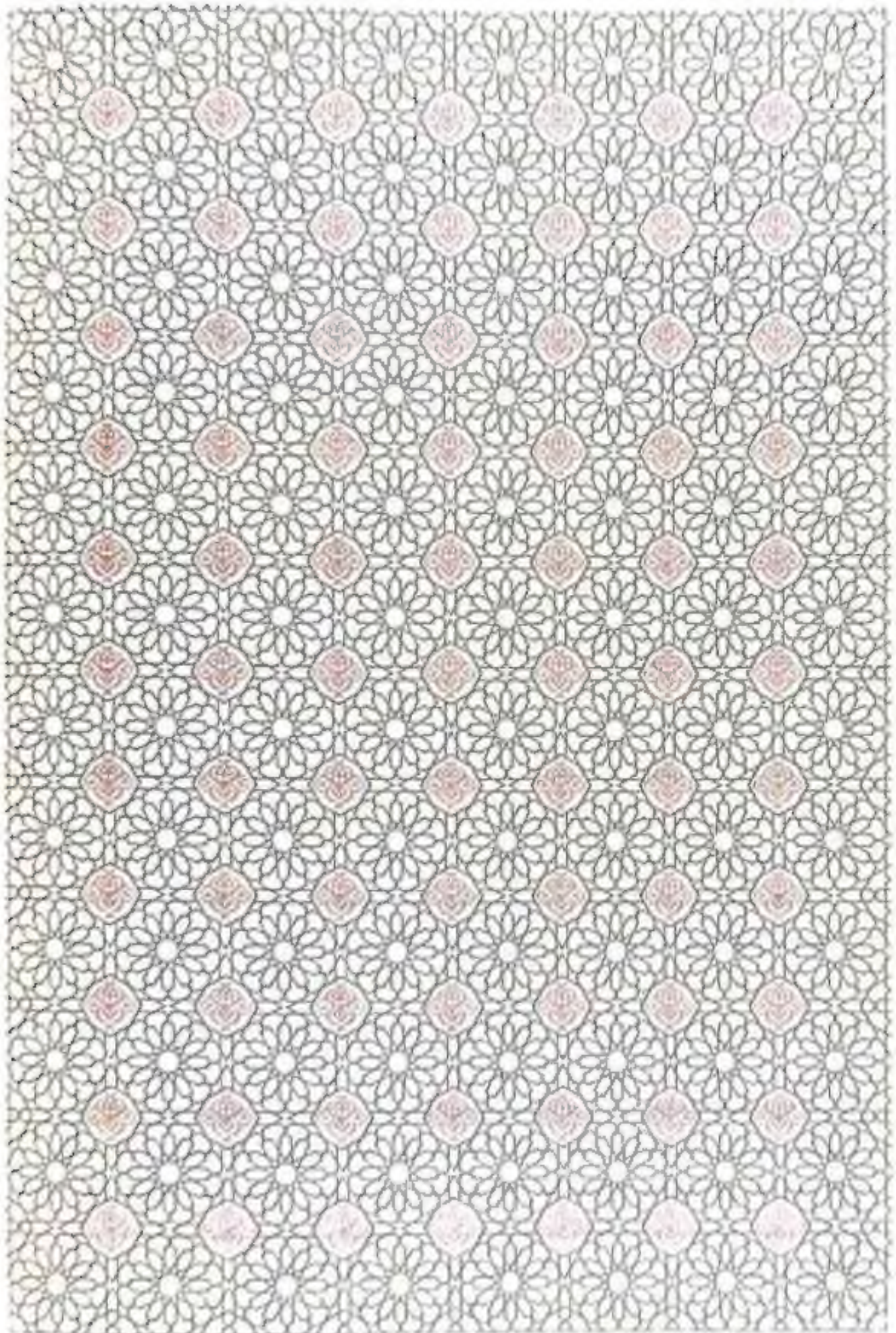
(١) يَعْنِي 'جَمَلٌ فِيهِ عَلَامَةٌ عَلَى كَوْنِهِ مُهْلِكًا صَارًا' وَالْوَسْمُ: هُوَ الْعَلَامَةُ وَالْمُودِي: اسْمُ فَاعِلٍ مِنْ أَوْذَى
الرَّجُلِ؛ إِذَا هَلَكَ. يَنْظُرُ «تَاجُ الْعُرُوسِ» لِلزَّيْدِيِّ [٢٨٤/٢٠ / مَادَّة: وَدِي].

(٢) أَرَانُ - كَشَدَّ ذِي - إِقْلِيمٌ بِأَذَرْبَيْجَانِ مُشْتَمِلٌ عَلَى بِلَادٍ كَثِيرَةٍ، وَبَيْنَهُ وَبَيْنَ أَذَرْبَيْجَانِ نَهْرٌ يُقَالُ لَهُ: الرَّسُّ،
كُلُّ مَا جَاوَزَهُ مِنْ نَاحِيَةِ الْمَعْرَبِ وَالشَّعْمَانِ فَهُوَ مِنْ نَاحِيَةِ أَرَانَ، وَمَا كَانَ مِنْ جِهَةِ الشَّرْقِ فَهُوَ مِنْ
أَذَرْبَيْجَانِ. يَنْظُرُ: «مَعْجَمُ الْبِلَادَانِ» لِمَا قُوتِ الْحَمَوِيِّ [١٣٦/١].

(٣) هُوَ السُّلْطَانُ أَبُو سَعِيدٍ بَهَادُرْ بْنِ حُدَايِدَةَ مُحَمَّدِ بْنِ أَرْغُونِ الْحَكِيمِيِّ، سُلْطَانُ الْعِرَاقِ وَحَرَامَانَ
وَأَذَرْبَيْجَانِ وَالرُّومِ وَالْجَزِيرَةِ قَالَ الصَّغِيدِيُّ: «أَكْثَرُ النَّاسِ يَقُولُونَ: «أَبُو سَعِيدٍ» عَلَى أَنَّهُ كُنْيَتُهُ،
وَالصَّحِيحُ عَلَى أَنَّهُ عَلَمٌ بِلَا أَلِفٍ - يَعْنِي 'أَبُو سَعِيدٍ' - هَكَذَا رَأَيْتُ كُنْيَتَهُ الَّتِي كَانَتْ تَرِدُ مِنْهُ عَلَى
السُّلْطَانِ الْمَلِكِ النَّاصِرِ يَكْتُبُ عَلَى الْقَابَةِ لِدَهِيَّةِ: «أَبُو سَعِيدٍ» وَرَأَيْتُ بَعْضَ النَّاسِ يَقُولُ إِنَّمَا هُوَ مُرْ
صِيدٌ بِالضَّادِ الْمُثْمَلَةِ، وَإِنَّمَا النَّاسُ عَرَّبُوهُ».

يُوبِخُ لَهُ بِالسُّلْطَانِيَّةِ فِي الْخَامِسِ مِنْ شَهْرِ صَفَرٍ (سَنَةِ ٧١٧ هـ) وَكَانَ حَرَّادًا، حَيْثُ لَحِطَ، هَارِفًا
بِالْمُوسِيقَى، أَقَامَ فِي الْمُلْكِ عِشْرِينَ سَنَةً، وَكَانَ سَبَبٌ تَلْقِيهِ بِهِ بِهَادِرِ أَنْ طَائِفَةٌ مِنَ التَّنَاتِ حَرَّحُوا
عَنْ طَاعَتِهِ، فَطَافُوا بِعَسِهِ وَكَسَرَهُمْ، وَدَلَّكَ سَنَةً تِسْعَ عَشْرَةَ وَسَبْعَ مِائَةٍ، فَكَسُوا فِي الْقَابَةِ ذَلِكَ، وَكَانَ
مِنْ خِيَارِ مُلُوكِ الْجَمْعِيَّةِ وَأَحْسَنِهِمْ مَبِيرَةً.

وَقَدْ رَاحَتْ فِي عَهْدِهِ الْعُلُومُ وَالْأَدَبُ، وَعَاشَ فِي بِلَادِهِ كَثِيرٌ مِنَ الشُّعْرَاءِ وَالْمُؤَرِّحِينَ، حِينَ كَانَ
هُوَ بَعْضَهُ شَاعِرًا وَلَهُ أَشْعَارٌ جَيِّدَةٌ بِاللُّغَةِ الْفَارْسِيَّةِ، وَاشْتَهَرَ بِجُودَةِ لَحِطِ وَالْإِعَاءِ، وَبَعْدَهُ لَمْ يَتَمَّ



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
بَابُ مَا يُخَدِّثُهُ الرَّجُلُ فِي الطَّرِيقِ	٥
فَصْلٌ فِي الْحَائِطِ الْمَائِلِ	٤١
بَابُ جِنَايَةِ الْبُهِيمَةِ وَالْجِنَايَةِ عَلَيْهَا	٦١
فَصْلٌ	١٦٠
فَصْلٌ فِي جِنَايَةِ الْمُدَبِّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ	١٩٠
بَابُ غَضَبِ الْعَبْدِ وَالْمُدَبِّرِ وَالْجِنَايَةِ فِي ذَلِكَ	٢٠١
بَابُ الْقَسَامَةِ	٢٢٢
كِتَابُ الْمُعَاقِلِ	٣٠٥
بَابُ فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ، وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ	٣٦٣
كِتَابُ الْوَصَايَا	٣٦٣
بَابُ فِي صِفَةِ الْوَصِيَّةِ مَا يَجُوزُ مِنْ ذَلِكَ وَمَا يُسْتَحَبُّ مِنْهُ، وَمَا يَكُونُ رُجُوعًا عَنْهُ	٣٦٣
بَابُ الْوَصِيَّةِ بِثُلْثِ الْمَالِ	٤٢٧
فَصْلٌ فِي اعْتِبَارِ حَالَةِ الْوَصِيَّةِ	٥٠٧
بَابُ الْعِتْقِ فِي الْمَرَضِيِّ	٥١٤
فَصْلٌ	٥٣٨
بَابُ الْوَصِيَّةِ لِلْأَقَارِبِ وَغَيْرِهِمْ	٥٥٢
بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالسُّكْنَى وَالْخِدْمَةِ وَالشَّعْرَةِ	٥٩٨
بَابُ وَصِيَّةِ الذَّمِّيِّ	٦٢٣

الموضوع	الصفحة
بَابُ الْوَصِيِّ وَمَا يَمْلِكُهُ.....	٦٣٥
فَصْلٌ فِي الشَّهَادَةِ.....	٦٩٤
كِتَابُ الْحَنْتَى.....	٧٠٥
فَصْلٌ فِي بَيَانِهِ.....	٧٠٥
فَصْلٌ فِي أَحْكَامِهِ.....	٧١٢
مَسَائِلُ شَتَّى.....	٧٤١
فهرس الموضوعات.....	٧٦٥

